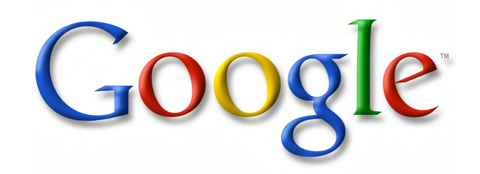
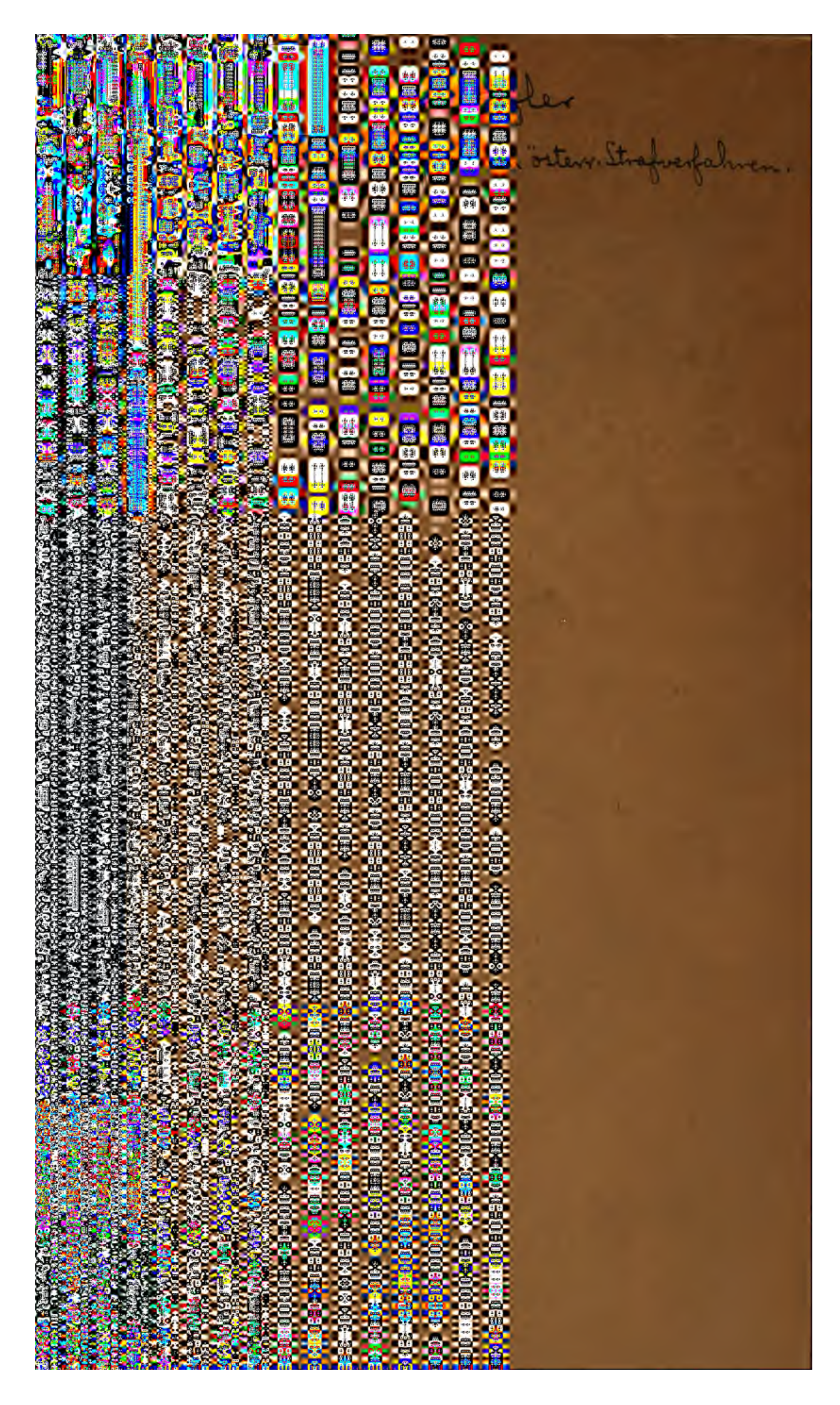
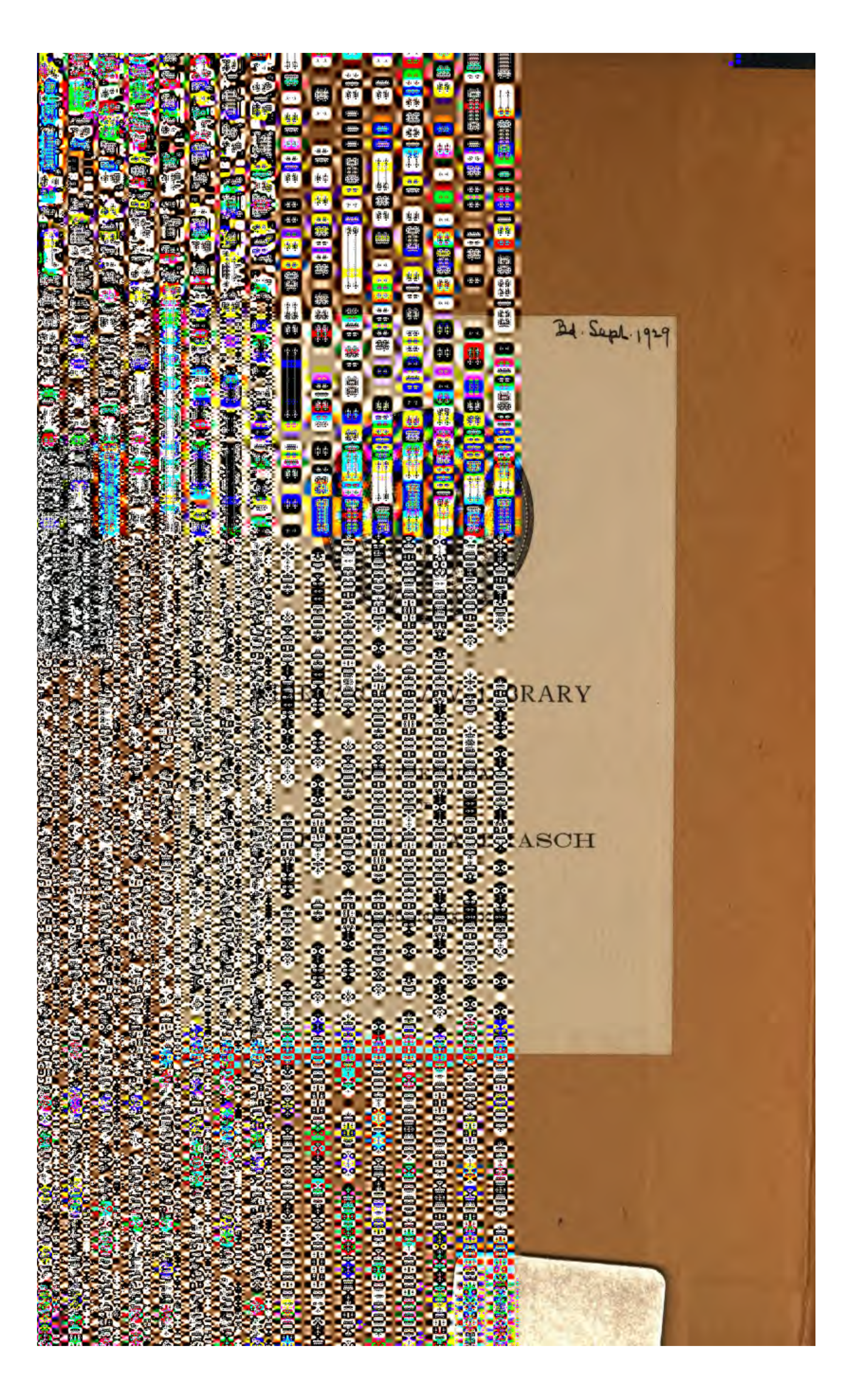
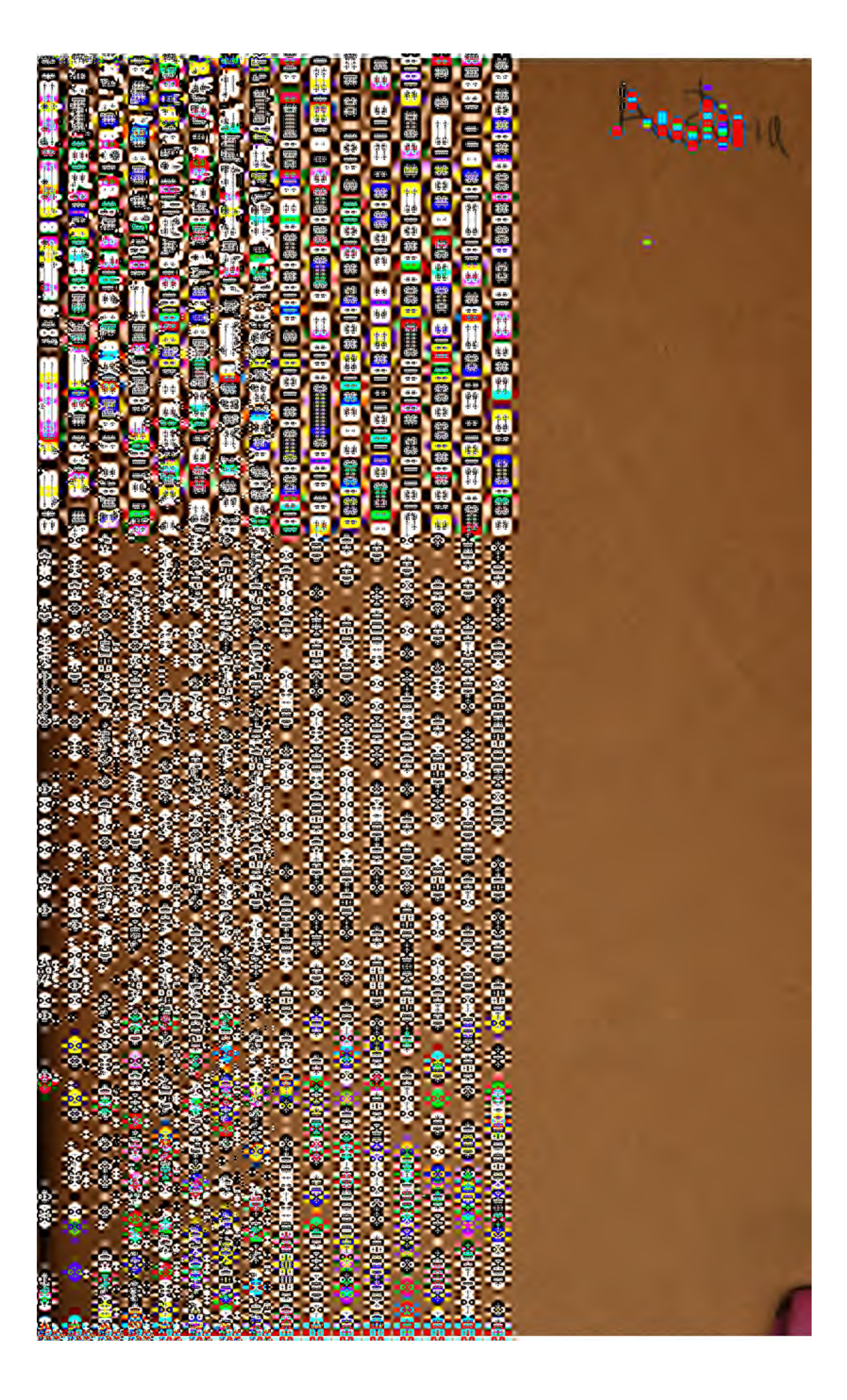





österr. Strafverfahren.


Bd. Sept. 1929





ÜBER

UNHEILBARE NICHTIGKEIT

IM

ÖSTERREICHISCHEN STRAFVERFAHREN.

VON

DR. ALEXANDER LÖFFLER,

PROFESSOR AN DER K. K. UNIVERSITÄT WIEN.

WIEN, 1904.

ALFRED HÖLDER,

K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,

I., ROTENTURMSTRASZE 13.

SEPARAT-ABDRUCK AUS DER VON HOFRAT PROF. GRÜNHUT HERAUSGEGEBENEN ZEITSCHRIFT FÜR DAS PRIVAT- UND ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART (XXXI. BAND).

I. Einleitung. Wesen der Nichtigkeit.

Der Strafprozeß ist im Wesen eine gesetzlich vorgeschriebene Methode der Wahrheitserforschung.[1] Das Gesetz opfert die Freiheit der Forschung, weil sie den Keim des Mißbrauches in sich trägt. Der Richter wird bis zu einem gewissen Grade an eine Schablone gebunden, an die prozessuale Form, die den Vorteil hat, daß sie gegen die gröbsten Ausschreitungen schützt.[2]) Ich brauche da nur an den Wert der Öffentlichkeit des Verfahrens zu erinnern. Die prozessuale Form ist es, die dem Ankläger und dem Angeklagten ehrliche Kampfbedingungen gewährleistet, und ihr stetes Gleichmaß fördert die allgemeine Überzeugung, daß vor Gericht nicht die Willkür der Menschen im Richterrock, sondern eine höhere Macht, das Gesetz, die Herrschaft führe. Die prozessuale Form hat aber auch die wesentliche Aufgabe, die staatsbürgerliche Freiheit gegen Übergriffe der jeweiligen Inhaber der Staatsgewalt zu schützen. Die Formen des Strafverfahrens tangieren also ganz direkt und unvermittelt die öffentlichen Interessen,

---

Anmerkung: Dieser Studie liegt ein am 13. Jänner 1904 in der Juristischen Gesellschaft in Wien gehaltener Vortrag zugrunde.

[1]) Vgl. Glaser, Handb., § 1.

[2]) „Remontons aux premiers principes de toute procédure criminelle. La procédure est une précaution ordonnée par la loi contre l'ignorance, la faiblesse où la prévention du juge." Robespierre in der Sitzung der Assemblée nationale v. 4. Jänner 1791, Moniteur v. 5. Jänner.

sie sind publici juris; und es ist durchaus kein Zufall, daß die österreichischen Verfassungsgesetze sich sehr eingehend mit dem Strafverfahren beschäftigen und nicht nur dessen Grundzüge, wie die Mündlichkeit, die Öffentlichkeit, das Anklageprinzip und die Kompetenz des Schwurgerichtes festlegen[3]), sondern auch feinste Details, wie z. B. die Kautionsstellung bei Verhaftung wegen Fluchtgefahr, erschöpfend regeln.[4])

Welche Folgen soll nun eine Verletzung der prozessualen Form haben?

Der durchschlagendste Gedanke ist der folgende: Wenn das Gericht die ihm gezogenen Grenzen überschreitet, dann hat es nicht mehr im Vollmachtsnamen des Staates gehandelt: non est judicatum! Diese kühne Konsequenz hat das römische Recht tatsächlich gezogen. Ein Urteil, das unter Überschreitung der dem Richter gesetzten Grenzen gefällt wurde — gleichgültig, ob dabei die Schranken des formellen oder des materiellen Rechtes gebrochen wurden — war einfach rechtlich nicht vorhanden, die sententia war nulla, nullius momenti; es bedurfte gar nicht der Einlegung einer Appelation, um ein solches Urteil umzustoßen, denn das Urteil war überhaupt nicht vollstreckbar und stand einer neuerlichen Einbringung derselben Klage nicht im Wege.[5])

Ein solcher Rechtszustand ist in modernen Verhältnissen ganz unhaltbar. Der rasche und kräftige Pulsschlag unserer

---

[3]) Staatsgrundges. über die richterl. Gewalt v. 21. Dez. 1867, R. G. B. Nr. 144, Art. 10 u. 11.

[4]) Ges. zum Schutze der persönl. Freiheit v. 27. Okt. 1862, R. G. B. Nr. 87; vgl. das Ges. zum Schutze des Hausrechts vom gleichen Datum, Nr. 88; Staatsgrundges. ü. d. allg. Rechte der Staatsbürger v. 21. Dez. 1867, Nr. 142, Art. 8, 9, 10, 13; Staatsgrundges. ü. d. richterl. Gewalt v. 21. Dez. 1867, R. G. B. Nr. 144.

[5]) Charakteristisch schon die Titelüberschriften: Quae sententiae sine appellatione rescindantur, Dig. 49, 8; Quando provocare non est necesse, Cod. 7, 64; die Nichtigkeit wurde geltend gemacht gegen den Vollstreckungsversuch (actio judicati) mit der exceptio nullitatis, gegen die exceptio rei judicatae mit der replicatio nullitatis. Das Nähere s. bei Skedl, Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwicklung, 1886, S. 1 ff. (daselbst weitere Literatur) und Rintelen, Berufungsgrund, 1901, S. 42 ff. Das Rechtsmittelverfahren in Strafsachen geht wie im allgemeinen so auch in diesem Punkte mit dem zivilrechtlichen parallel; s. Mommsen, Röm. Strafrecht, S. 469, 480; vgl. l. 3 D. de praevaricatione, 47, 15. Sogar auf die gesetzwidrige Irrogation einer multa durch den provinciae praeses wird dieses Prinzip angewendet; l. 5 Cod. 7, 64.

Zeit verlangt gebieterisch die schleunigste und endgültige Regelung fraglich gewordener Rechtsverhältnisse.[6]) Wir könnten es heute nicht ertragen, daß ein vor Jahrzehnten gefälltes Urteil etwa von dem inzwischen zu Vermögen gelangten Schuldner mit der exceptio nullitatis angefochten würde. Unserem Bedürfnisse nach rascher und durchgreifender Regelung der Rechtsverhältnisse entspricht viel mehr das Prinzip der Formalkraft des Urteils, welches germanischen Rechten eigentümlich ist.[7])

In einer sehr interessanten Arbeit hat uns Skedl gezeigt, wie auf dem Wege über die italienischen Statutarrechte und die italienische Doktrin ein Kompromiß zwischen römischem und germanischem Rechte geschlossen wurde[8]); das gemeine Recht unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten. Den Abschluß der Entwicklung, welche dem Zivil- und Strafprozeß so ziemlich gemeinsam war[9]), bildete der jüngste Reichsabschied von 1654 (§§ 121, 122), der „zur Verhütung ohnnötigen Gezäncks" bestimmte, daß im allgemeinen auch die Nichtigkeit des Urteils binnen 10 Tagen geltend gemacht werden solle; durch unbenutzten Ablauf dieses Fatale war die Nichtigkeit geheilt. „Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum, aus der Person des Richters, oder der Parthey, oder aus den Substantialibus des Processus, nach sich führen, verbleibt es bey der Disposition der gemeinen Rechten" — d. h. die wesentlichsten Formverstöße können noch binnen der Verjährungsfrist von 30 Jahren geltend gemacht werden.[10])

[6]) Vgl. insbesondere Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 1902, S. 26 ff. — Interessant: Gönner, Entwurf eines Gesetzbuches über das gerichtl. Verf., II. (Motive), 1817, S. 865 f.: „Soll nicht alle Sicherheit des Rechts verschwinden, soll Rechtskraft kein leerer Name werden, so muß die Gesetzgebung den Satz festhalten, daß wegen dem Materiellen der Entscheidung keine Nullitätsklage stattfinden dürfe . . . . . Also nur in der verletzten Form, im Mangel jener gesetzlichen Vorbedingungen, ohne welche nichts Materielles gültig entschieden sein kann, liegt der Grund zu einer Nichtigkeitsklage als außerordentlichem Rechtsmittel."

[7]) Vgl. Skedl, a. a. O. S. 5.

[8]) Vgl. Skedl, a. a. O. S. 6 ff.

[9]) Vgl. Mittermaier, Deutsches Strafverfahren, 4. Aufl., § 204; Zachariae, Handbuch der deutschen Strafproz., § 164, A. 9 u. § 166.

[10]) Mittelst exceptio sogar zeitlich unbeschränkt. Genauer s. Renaud, Lehrb., 2. A., S. 592 f.

Dieser von der Doktrin erfundene Begriff der heilbaren Nichtigkeit bedeutet eine contradictio in adjecto; denn was nichtig, nicht bestehend, „ab initio nullum" ist, das kann doch nicht durch Versäumung der Rechtsmittelfrist zu Kraft kommen. Aber der Sprachgebrauch hat sich so eingebürgert, daß wir uns gar nicht mehr bewußt sind, wie falsch unsere Terminologie ist. Wenn wir von einem nichtigen Urteile sprechen, so meinen wir in der Regel ein anfechtbares Urteil. Nur die unheilbaren Nichtigkeiten sind echte Nichtigkeiten.[11])

Der Inquisitionsprozeß war ein guter Nährboden für die unheilbare Nichtigkeit; er drängte keineswegs auf Abschluß des Verfahrens — dieses konnte ja durch die absolutio ab instantia recht eigentlich zu einem endlosen gestaltet werden. Dem entsprach auch die Endlosigkeit des Rechtszuges, der zur völlig einwandfreien Feststellung des Rechtes und der Wahrheit zulässig war. Im Gegensatze dazu brachte das auf englisch-französischer Basis beruhende moderne Strafverfahren — hauptsächlich mit Rücksicht auf den Angeklagten — das Bedürfnis zur Geltung, mit der einmal in Angriff genommenen Sache auch in absehbarer Zeit ein Ende zu machen, und zwar ein endgültiges Ende, auf das man sich verlassen kann.[12]) Die Begünstigung des Angeklagten geht im englischen Rechte soweit, daß der einmal von der ersten Instanz Freigesprochene kein Rechtsmittel mehr zu befürchten hat[13]); der französische Prozeß schützt den Freigesprochenen wenigstens gegen Rechtsmittel, die einen begangenen Formfehler rügen[14]); aber auch gegen den Angeklagten richtet sich dies Bestreben. Die Formalkraft des Urteils, die Autorität der chose jugée bildet oft genug ein Hindernis für die berechtigtesten Revisionsbestrebungen.[15])

---

[11]) Soweit richtig: Schwalbach im Arch. f. d. ziv. Praxis, Bd. LXIII, S. 127; vgl. Skedl, in dieser Zeitschr., Bd. XIV, S. 82.

[12]) Vgl. Glaser, Handb., I, S. 33, 46 f.

[13]) Vgl. Glaser, Handb., I, S. 142 u. Anklage, Wahrspruch etc., S. 96, 438.

[14]) Vgl. Code d'instr. crim., Art. 409; diesem Vorbilde folgt die österr. St. P. O. v. 1850, § 355; vgl. über dieselbe die Motive zur St. P. O. v. 1873, S. 77 (Kaserer, S. 106).

[15]) Die Art. 443 ff. des Code d'instruction criminelle sind wesentlich verbessert durch die Gesetze v. 16. Juni 1867 u. vom 18. Juni 1895. Vgl. Anlage I zu den Motiven der deutschen St. P. O., Berlin 1872, S. 26 f.

Und so kann man mit Planck[16]) von dem modernen Anklageprozeß sagen, daß er „den Parteien zumutet, ihre Prozeßführung fehlerfrei einzurichten oder die Folgen der Fehler zu tragen“ — freilich oft genug auch die Folgen von Fehlern, welche nicht die Parteien begangen haben, sondern das Gericht.

Wenn auch das englisch-französische Vorbild nicht in allen Extremen von den moderneren deutschen Gesetzen befolgt wurde, so hat doch das Bedürfnis nach endgültiger Erledigung der Strafsachen das Übergewicht erlangt. Der moderne Anklageprozeß scheut die außerordentlichen Rechtsmittel, durch welche eine abgetane Sache wieder vorgebracht werden soll. Was insbesondere die Nichtigkeitsbeschwerde betrifft, so konstatiert Planck, daß sie „in den neueren deutschen Gesetzen nur als ordentliches Rechtsmittel gestattet ist. Denn sie ist an kurze gesetzliche Fristen geknüpft, nach deren Ablauf das Endurteil aus derartigen Gründen unanfechtbar wird. Hieraus folgt, daß der Umstand für die Einrede der entschiedenen Sache gleichgültig ist, ob das Endurteil auf Grund eines rechtsgültigen Verfahrens von der zuständigen Gerichtsbehörde ausgegangen sei. Dergleichen Mängel werden beseitigt durch den Ablauf der Frist, innerhalb deren sie als Grund einer Nichtigkeitsbeschwerde hätten benutzt werden müssen. Eine Replik der Nichtigkeit kennt das neuere deutsche Strafverfahren nicht, weil es keine dreißigjährige Nichtigkeitsquerel aufgenommen hat“.

II. Grundlagen der Nichtigkeit im österreichischen Strafprozeß.

Mein Thema ist die Frage: gibt es nach österreichischem Strafprozeßrechte echte, unheilbare Nichtigkeiten; oder hat das praktische Bedürfnis nach Rechtssicherheit gänzlich den idealen Gedanken erstickt, daß das Recht Recht bleiben müsse, daß ein fehlerhafter Urteilsspruch nicht aus Unrecht Recht machen könne?

Binding hat in seinem Grundrisse des deutschen Strafprozeßrechtes[17]) überzeugend ausgeführt, daß die Strafprozeß-

[16]) Systematische Darstellung des deutschen Strafverf., 1857, S. 134 f.; vgl. Zachariae, Hdb. d. d. Strafproz., II, S. 587 f.

[17]) In der 4. Aufl., § 118, III, 1 u. 2, § 119, III. Binding legt auf diese Ausführungen mit Recht großes Gewicht (vgl. das Vorwort). Leider können sie bei

ordnung gar nicht die Möglichkeit habe, die unheilbaren Nichtigkeiten ganz aus der Welt zu schaffen[18]); sie kann nicht die staatsrechtliche Kompetenzverteilung illusorisch machen, und sie kann nicht ein Erkenntnis zur Rechtskraft bringen, welches alle unsere Begriffe von Rechtsordnung auf den Kopf stellt.

Für das österreichische Recht war es v. Waser, der aus dem unabweislichen Bedürfnisse der Praxis zur Überzeugung kam, daß es „absolut nichtige" Urteile gebe, die trotz formeller Rechtskraft nicht vollstreckt werden dürfen.[19]) Um dies recht handgreiflich zu zeigen, nehmen wir einen krassen Fall: Ein irrsinnig gewordener Richter erläßt ein Strafmandat, durch das er Jemanden ohne rechtliches Gehör wegen Totschlag zu 10 Jahren schweren Kerkers verurteilt; und der so Verurteilte unterläßt den Einspruch. Soll dieses Erkenntnis jetzt vollstreckbar sein?

Selbst grundsätzliche Gegner jeder echten Nichtigkeit sind gezwungen, irgend ein Minimum an Form als Grundlage der Vollstreckung zu verlangen; am weitesten geht in der Einschränkung der Ansprüche wohl Schwalbach[20]), der meint,

---

der sehr verschiedenen Rechtslage für das österr. Recht nur als wertvolle Anregungen benützt werden. Das gleiche gilt von den anderen reichsdeutschen Schriftstellern, insbesondere Bennecke und Beling, Lehrb. d. deutschen Reichsstrafproz. (1900), § 75, II u. III, § 77, III; Rosenfeld, Der Reichsstrafproz., S. 228, A. 1 u. S. 389 f.; Friedländer in Zeitschr. f. ges. Strafr., Bd. XVIII, S. 513 f., 523 f. Vgl. Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechtes, S. 113; Oetker, Konkursrechtl. Grundbegr., I. S. 50; des letzteren Aufsatz im Deutschen Wochenblatt, Jahrg. IX., S. 87 ff. war mir leider nicht zugänglich.

[18]) Vgl. Skedl, in dieser Zeitschr., Bd. XIV, S. 98 f.

[19]) S. Allg. österr. Ger.-Ztg., 1877, Nr. 96. Wie das Zitat: „Sententia nulla contra jus in thesi clarum" zeigt, schweben ihm die „unheilbaren Nichtigkeiten" vor. Der Aufsatz v. Wasers ist ein glänzendes Zeugnis feinen juristischen Spürsinns, bietet aber mangels gründlicher Durcharbeitung des Materiales der Kritik zahlreiche Angriffspunkte; vgl. die zum Teile sehr berechtigten Gegenausführungen von Mitterbacher, Kommentar, S. 25, Anm. 2.

[20]) Im Archiv f. d. zivilist. Praxis, Bd. LXIII, S. 128; ähnlich Richard Schmidt, Lehrb. d. deutschen Zivilproz., S. 821, der aber doch soviel anerkennen muß, daß der Gerichtsvollzieher „zu prüfen hat, ob ein von einem staatlich anerkannten Gericht gesprochenes Urteil überhaupt vorliege". „Liegt die von einem Gericht unterschriebene, formgerecht redigierte und mit der Vollstreckungsklausel des Gerichtsschreibers versehene Urteilsurkunde vor", so hat der Gerichtsvollzieher sich weiter um nichts zu kümmern; vgl. Gaupp-Stein, Kommentar. vor § 578 (541), I.

nach der deutschen Zivilprozeßordnung sei „für die Gültigkeit des Urteils geradezu die einzige Voraussetzung, daß es von einem Gerichte gegen eine Partei ergeht". Man muß also doch im Vollstreckungsstadium untersuchen, ob das Urteil von einem „Gerichte" (gehörig besetzten Gerichte? gesetzlich zulässigen Schiedsgerichte?) ergeht, ob der Verurteilte die Parteienfähigkeit hatte.

Es kann sich also nur um eine Abgrenzung von heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten handeln und wir sind in der glücklichen Lage, als Ausgangspunkt der Untersuchung ein Gesetz zu besitzen, welches das Selbstverständliche in trefflicher Formulierung sagt; es steht seiner Wichtigkeit entsprechend als § 1 an der Spitze unserer St. P. O. und lautet: „Eine Bestrafung wegen der den Gerichten zur Aburteilung zugewiesenen Handlungen kann nur nach vorgängigem Strafverfahren in Gemäßheit der Strafprozeßordnung und infolge eines von dem zuständigen Richter gefällten Urteiles erfolgen."[21])

Wenn dieses Gesetz als Basis unserer Arbeit dienen soll, so müssen wir vorerst seine Tragfähigkeit nach zwei Richtungen untersuchen.

Vor allem bringt uns die Allgemeinheit der Fassung des § 1 den Zweifel nahe: ist das wirklich ein befehlendes Gesetz, oder nur ein schönes, aber unverbindliches Programm von der Art, die wir Österreicher aus unseren Staatsgrundgesetzen kennen? Dort stand ja auch z. B., und zwar im Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt: „die Verhandlungen vor dem erkennenden Richter sind in Zivil- und Strafrechtsangelegenheiten mündlich und öffentlich"; und das wurde erst nach Jahrzehnten zur Wahrheit; ganz zu schweigen von jenen Programmpunkten, die noch heute der Durchführung harren.

Nun ist es begreiflich, daß man im Jahre 1867, als der ganze Staat auf neue Fundamente gestellt wurde, nicht gleichsam über Nacht das reichgegliederte Gebäude der künftigen Rechtsordnung fertigstellen konnte, sondern sich damit begnügen mußte, in den Bauplan hie und da nur die Grundlinien der künftigen Entwicklung einzuzeichnen. Aber unsere so reif-

[21]) Der Paragraph gibt sich zunächst als strikteste Verneinung des von Planck aufgestellten Satzes.

lich vorbereitete Strafprozeßordnung trägt doch einen ganz anderen Charakter; sie ist keine Anweisung auf die Zukunft, sondern die Erfüllung eines Versprechens, sie ist ein Durchführungsgesetz für alle staatsgrundgesetzlichen Bestimmungen, die das Strafverfahren betreffen, und unser § 1 insbesondere ist das Durchführungsgesetz für den § 1 des Gesetzes zum Schutze der persönlichen Freiheit: „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden." Ich glaube also, daß wir berechtigt sind, den § 1 St. P. O. ernst zu nehmen.

Die zweite Frage ist: welche Interpretationsgrundsätze sollen wir gegenüber diesem so ungeheuer weit gefaßten Paragraphen anwenden? Jedenfalls werden wir ihn einschränkend interpretieren müssen; denn wörtlich genommen würde er bedeuten, daß der geringste Verstoß gegen den Strafprozeß zur Folge hätte, daß eine Bestrafung auf Grundlage dieses nicht „in Gemäßheit der Strafprozeßordnung" vorgenommenen Strafverfahrens nicht erfolgen dürfte, d. h. daß der geringste Verstoß unheilbare Nichtigkeit begründen würde; was mit allen speziellen Anordnungen des Gesetzes in Widerspruch steht.

Wir werden also den § 1 St. P. O. soweit einschränken müssen, als besondere Anordnungen des Gesetzes entgegenstehen; die lex specialis geht selbstverständlich vor; aber wir dürfen nicht um Haaresbreite weitergehen, und zwar aus folgenden Gründen:

Der § 1 St. P. O. dient wesentlich dem Schutze staatsbürgerlicher Freiheitsrechte; er schützt uns davor, ohne die Garantien eines gerichtlichen Urteiles eingekerkert zu werden. Wenn nun die ohnehin übermächtige Staatsgewalt sich zugunsten der freien Bewegung der Bürger Schranken auferlegt, so dürfen diese Schranken nicht den Interpretationskünsten kühner Juristen preisgegeben sein; die staatsbürgerlichen Freiheiten dürfen nicht durch solche Künste eingeengt werden. Das ist eine in schweren Kämpfen errungene rechtliche Überzeugung der Gegenwart, der auch die österreichische Strafgesetzgebung gehuldigt hat. Nach unserem Strafgesetze ist jede analoge Ausdehnung der Deliktstatbestände untersagt[22]); der Rechtsgrund dieses Verbotes kann nur darin gefunden werden, daß das Strafgesetz

---

[22]) Art. IV K. M. P.

gleichsam der Negativabdruck eines großen Freiheitsbriefes ist, und daß eine ausdehnende Interpretation des Strafgesetzes somit eine Einschränkung der korrespondierenden Freiheitsrechte bedeuten würde.[23])

Der Freiheitssatz des § 1 St. P. O. soll also nicht weiter eingeschränkt werden, als die entgegengesetzten speziellen Normen der St. P. O. es notwendig machen; leider müssen wir in dieser Richtung sehr weit gehen, wie sich aus einer Betrachtung des Systems der ordentlichen Nichtigkeitsbeschwerde ergibt.

Dieses System beruht auf einer taxativen Aufzählung von Nichtigkeiten, mit dem Vorbehalt der clausula generalis des § 281, Z. 4 (= § 344, Z. 5). Soviel ist sicher, daß Formverstöße, von denen man annehmen kann, daß der Gesetzgeber sie wegen ihrer geringeren Bedeutung in dieser Aufzählung übergangen hat, die Kraft des geschöpften Urteiles nicht herabsetzen, und zwar selbst dann nicht, wenn die Möglichkeit besteht, daß diese Formverstöße den Ausgang der Sache wesentlich beeinflußt haben. So z. B. ist es kein Anfechtungsgrund, wenn der Vorsitzende des Schwurgerichtes in offenem Rechtshohn seine Ansicht über die Ergebnisse des Beweisverfahrens den Geschwornen aufzudrängen sucht; denn nur die unrichtige Rechtsbelehrung ist als Nichtigkeitsgrund bezeichnet, nicht auch das rechtswidrige Resümee.[24])

Alle in den §§ 281 und 344 aufgezählten Nichtigkeiten sind heilbar[25]), und zwar verlangt das Gesetz bei einer großen Zahl formeller Nichtigkeitsgründe teils von beiden Parteien, teils vom Ankläger allein die sofortige kunstgerechte Rüge[26]); die Unterlassung dieser Diligenz hat den

---

[23]) Über die unbedingt nötige ausdehnende Interpretation des § 1 St. P. O. vgl. unten Abschnitt IV.

[24]) Vgl. St. P. O., § 325 und § 344, Z. 8; dazu Sg. 250, 720 (Sg. = Plenarbeschlüsse und Entscheidungen des k. k. obersten Gerichts- als Kassationshofes).

[25]) Es ist der Hauptfehler v. Wasers, daß er diese einfache Sache übersieht; vgl. u. Anm. 32.

[26]) Beide Parteien trifft die Rügepflicht in den Fällen: § 281, Z. 1, 2, 4 (= § 344, Z. 1, 3, 5); der „Ankläger" muß überdies in den Fällen des § 281, Z. 2, 3, 4, bzw. § 344, Z. 3, 4, 5, 6 nicht nur die Formverletzung in einer bestimmten Form rügen, nämlich „sich derselben widersetzen und die Entscheidung des Gerichtshofes begehren", sondern auch „sofort nach der Verweigerung oder

Verlust der Nichtigkeitsbeschwerde, mithin die Sanierung der begangenen Nichtigkeit zur Folge. Ferner müssen alle Formverstöße und alle den Angeklagten begünstigenden Verstöße gegen das materielle Recht in der Nichtigkeitsbeschwerde selbst oder spätestens in der Ausführung derselben kunstgerecht geltend gemacht werden, sonst sind sie ebenfalls geheilt.[27]) Nur wenn „zum Nachteile des Angeklagten das Strafgesetz unrichtig angewendet worden" ist, muß der

---

Verkündung dieser Entscheidung die Nichtigkeitsbeschwerde sich vorbehalten" (§ 281 a. E., § 344 a. E.). Diese Last des Anklägers ist der verkümmerte Rest des § 355 der St. P. O. v. 1850. Letztere hatte nach englisch-französischem Muster dem „Staatsanwalt" gegen freisprechende Urteile der Geschwornen nur die (praktisch nicht wirksame) Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gelassen. Soweit wollte Glaser (s. dessen Referat in der Sitzung v. 10. Febr. 1863 bei Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 107) nicht gehen; aber er war auch nicht „für eine absolute Gleichstellung des Staatsanwalts mit dem Angeklagten", sondern legte dem Staatsanwalt gleichsam als Kompensation die oben genannten Lasten auf. „Diese Beschränkung des Staatsanwalts rechtfertigt sich dadurch, daß man nur dem Angeklagten vom Standpunkt der Billigkeit gestatten kann, hinterher nach Nichtigkeitsgründen dieser Art zu suchen, um unter dem Vorwande der Nichtigkeitsbeschwerde sich berufen zu können." Diese billige Rücksicht wurde in den späteren Entwürfen immer mehr auch dem Angeklagten entzogen. Das ist um so härter, als das Verfahren vor dem Erkenntnisgerichte einen Anwaltszwang nicht kennt und die zur sofortigen kunstgerechten Rüge erforderliche Gesetzeskenntnis und Schlagfertigkeit einem vierzehnjährigen — unter Umständen sogar einem zehnjährigen — Kinde zugemutet wird! Sehr zu tadeln ist die Praxis des Kassationshofes, welche ohne jeden Anhaltspunkt im Gesetze den Parteien die weitere Diligenzpflicht auferlegt, für die richtige und vollständige Protokollierung der Verhandlung zu sorgen, Sg. 75, 224, 577, 1663 (in dieser Richtung höchst widerspruchsvoll: Mayer, Kommentar zu § 280, Nr. 12, 16, 17, zu § 281, Nr. 85, 124, zu § 344, Nr. 8, 9, 174; unrichtig auch Mitterbacher, Kommentar, S. 449; richtig: Eisler, Die Form im Strafprozesse [S. A. aus d. Jur. Bl., 1897], S. 40). Gemäß § 271 St. P. O. „steht es den Parteien frei", die Feststellung einzelner Punkte im Protokolle zur Wahrung ihrer Rechte zu verlangen. Von einer Pflicht der Parteien dies zu tun, von einer Sanktion der Unterlassung dieser Pflicht, von einer Fiktion der Vollständigkeit und Unfehlbarkeit des Protokolls ist in der österr. St. P. O. nirgends die Rede (auch R. St. P. O., § 274, österr. Z. P. O., § 215 würden diese Praxis nicht rechtfertigen). Dagegen ist es im § 286 St. P. O. und § 6 der Novelle v. 1877 dem Kassationshof ausdrücklich vorbehalten, über eine behauptete Formverletzung „tatsächliche Aufklärungen" einzuholen.

[27]) St. P. O., §§ 285, 286, 290; § 1, Z. 2 d. Ges. v. 31. Dez. 1877, R. G. Bl. Nr. 3 ex 1878.

Kassationshof die unterlaufene Nichtigkeit von Amts wegen wahrnehmen[28]); in diesen Fällen tritt also die Heilung ein, wenn entweder die Sache überhaupt nicht vor den Kassationshof kommt oder wenn derselbe geurteilt hat. Alle diese Nichtigkeiten heilen, wenn das Urteil innerhalb des fatale gar nicht, oder nicht kunstgerecht oder nur durch Berufung angefochten wurde.[29])

Überaus deutlich sprechen dies die Motive zu § 363, Z. 2 St. P. O. aus[30]), u. zw. in bezug auf einen Fall, der in der gemeinrechtlichen Doktrin häufig als Hauptfall unheilbarer Nichtigkeit bezeichnet wurde, nämlich die Verletzung des jus clarum in thesi[31]): „In der Regel wird die (im vorangehenden besprochene) verfehlte Entscheidung auf einer unrichtigen Auffassung des Gesetzes beruhen. Eine solche Entscheidung ist aber mit Recht unanfechtbar geworden, sobald die Rechtsmittel gegen dieselbe erschöpft oder unterlassen worden sind.“

Unter diesen heilbaren Nichtigkeiten der §§ 281 und 344 sind eine Reihe der schwersten Einbrüche in das formelle und materielle Recht aufgezählt. Ein Urteil, das ein nicht gehörig besetztes Gericht mit Überschreitung der Anklage gegen ein jus in thesi clarum, womöglich noch unter Überschreitung seiner Strafbefugnis und des gesetzlichen Strafsatzes gefällt hätte, wäre bei uns der Rechtskraft fähig![32])

---

[28]) St. P. O., § 290. Ich übergehe absichtlich den zweiten Fall des § 290 (gleich günstige Behandlung desjenigen, der sich nicht beschwert hat, vgl. § 295), der lediglich auf Billigkeit beruht.

[29]) Vgl. § 285 St. P. O., § 1, 2 und 3 des Ges. v. 31. Dez. 1877, RGBl. Nr. 3 ex 1878.

[30]) Amtliche Ausgabe, S. 84, Kaserer, S. 115.

[31]) Vgl. Wetzell, System des ordentl. Zivilprozesses, 3. Aufl., S. 806 f.; dagegen aber Renaud, Lehrb. des gem. deutschen Zivilproz.-R., 2. Aufl., S. 580 f., 587; im gemeinen Strafprozeß war dieser Punkt ebenfalls bestritten; vgl. Mittermaier, Deutsches Strafverf., 4. Aufl., II, S. 629; Zachariae, Handb., II, S. 586.

[32]) Unrichtig, v. Waser, a. a. O., welcher meint: „Strafurteile [1] eines Richters, der bestochen war, [2] oder in bezug auf die Strafdauer oder Strafart seine amtliche Befugnis überschritten hat, [3] oder der im Strafgesetze nicht vorgesehene Handlungen für strafbar erklärt . . . . ., können ungeachtet ihrer formellen Rechtskraft nicht aufrechterhalten werden. „Sententia nulla contra jus in thesi clarum.“ Ad 1) Dies ist nach der St. P. O. ein Fall der Wiederaufnahme, § 353, Z. 1, § 355, Z. 1; ad 2) dies ist der heilbare Nichtigkeitsgrund

Von den formellen Nichtigkeitsgründen wirken die nach Zahl und Bedeutung wichtigsten nicht absolut, sondern sie wirken nur soweit, als die Möglichkeit besteht, daß die Formverletzung im konkreten Falle auf die Entscheidung einen nachteiligen Einfluß geübt hat [33]), und zwar kann nach der Sachlage nur ein nachteiliger Einfluß auf die Entscheidung der Beweisfrage im Spiele sein.[34]) Während die Lösung der Beweisfrage dem direkten Angriffe so ziemlich entzogen

---

der § 281, Z. 11, § 344, Z. 12; ad 3) dies ist der heilbare Nichtigkeitsgrund der § 281, Z. 9 u. 10, § 344, Z. 10 u. 11 (s. o.). Daß dieser letztere Nichtigkeitsgrund verschwunden ist, dürfte am wenigsten zu bedauern sein; was ist „jus clarum“? Wer erst ein Jahrzehnt Theorie und Praxis des Strafrechts studiert hat, wird leicht dahin kommen zu finden, daß das, was ihm das Klarste dünkt, anderen oft am wenigsten einleuchtet. Je selbständiger und entschiedener ein Jurist denkt, desto mehr Urteile aller Instanzen wird er als contra jus in thesi clarum bezeichnen. Als Theoretiker mag er ja den Kampf weiterführen; für den Praktiker — und der Prozessualist soll stets als Praktiker denken — muß der Kampf mit der Rechtskraft des Urteils regelmäßig ein Ende haben. Vgl. auch unten Anm. 116.

[33]) St. P. O., § 281 a. E., § 344 a. E. Die Verschiedenheit der Formulierung für Ankläger und Angeklagten wird zumeist mißverstanden. (Irreführend die Motive, S. 79, Z. 1.) Es handelt sich keineswegs bei dem ersten um Gewißheit, bei dem zweiten um Möglichkeit der Schädigung, sondern der Kassationshof wird nur zu erhöhter Vorsicht gemahnt, wo es sich um den Angeklagten handelt: „Die unter 2, 3 und 4 erwähnten Nichtigkeitsgründe können zum Vorteile des Angeklagten nicht geltend gemacht werden, wenn unzweifelhaft erkennbar ist, daß die Formverletzung keinen dem Angeklagten nachteiligen Einfluß üben konnte. [Beachte die zwei Negationen!] Zum Nachteile des Angeklagten können sie nur geltend gemacht werden, wenn erkennbar ist, daß die Formverletzung einen die Anklage beeinträchtigenden Einfluß auf die Entscheidung zu üben vermochte.“ Der Unterschied liegt nur in dem „unzweifelhaft“. — Das Zusammenfallen dieser „relativen Nichtigkeitsgründe“ mit jenen, bei welchen den Ankläger die formell erschwerte Rügepflicht trifft (s. o. Anm. 26), ist reiner Zufall; vgl. darüber die Materialien bei Mayer, S. 108. Eisler, a. a. O. S. 13 f., spricht von „unbedingt wesentlichen“ Formen (absolute Nichtigkeit), „bedingt wesentlichen“ Formen (relative Nichtigkeit) und — sehr wenig bezeichnend — von „bevorzugten“ Formen, welche sofortige Rüge verlangen.

[34]) So wenigstens in der Regel. Dies ergibt sich aus der Art der betroffenen Nichtigkeiten. Die Verlesung eines nichtigen Voraktes, Beiziehung eines untauglichen Sachverständigen, Vernehmung eines von der Aussage ausgeschlossenen Zeugen u. dgl. können nur auf die Beweiswürdigung von Einfluß sein. Andere Fälle könnte man nur sehr künstlich konstruieren; man müßte etwa annehmen, daß die Umgehung der Geschworenen (s. u.) eine auch juristisch strengere Beurteilung des Angeklagten zur Folge haben kann u. dgl.

ist [35]), kann sie auf diesem Umwege angefochten werden. Daraus ergibt sich aber, daß wir es bei diesen sogenannten relativen Nichtigkeiten auch nicht annähernd mit echten Nichtigkeiten zu tun haben. Nicht das öffentliche Interesse an der Einhaltung der Form (z. B. der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung), sondern der sachliche Nachteil für die Entscheidung ist der wahre Rechtsgrund, auf dem diese angeblichen Nichtigkeiten beruhen. [36])

Der ziemlich alte Gedanke der relativen Wertung prozessualer Verstöße [37]) ist nicht ohne jede Berechtigung. Es gibt sicherlich prozessuale Vorgänge, deren Bedeutung über den konkreten Fall nicht hinausgeht. Wenn ein Beweisantrag des Angeklagten abgewiesen wird und dann in dem betreffenden Punkte ein Freispruch erfolgt, so wird die öffentliche Meinung wegen dieser vielleicht dem Prozeßrecht nicht entsprechenden Abweisung des Antrages kaum aufgeregt werden und der Angeklagte hat sicher keinen Anlaß zur Beschwerde. Anders steht die Sache, wenn die Verhandlung nicht öffentlich geführt worden ist, wenn über sie ein Protokoll nicht angefertigt wurde, wenn die Bildung der Geschwornenbank ganz rechtswidrig erfolgt, wenn die Geschwornen nicht beeidet werden, die Anklageschrift nicht verlesen, das Verdikt nicht ordnungsgemäß verkündet wird usw. Das sind Verstöße gegen Sätze, welchen die in den einleitenden Worten betonte, über den konkreten Fall weit hinausgreifende Bedeutung nicht abgesprochen werden kann; und es ist ein schwerer Fehler unserer St. P. O., daß sie alle diese Verstöße nur als „relative Nichtigkeiten“ gelten läßt. [38])

Diese vielfach bis zur Schikane ausgedehnte Diligenzpflicht der Parteien, diese völlige Verkennung der öffentlich-rechtlichen

---

[35]) Ausnahme: § 281, Z. 5, § 344, Z. 9.

[36]) Vgl. unten Anm. 48.

[37]) Dieser Gedanke geht für Zivil- und Strafverfahren auf die Kammergerichtsordnungen zurück; vgl. Wetzell, System, 3. Aufl., § 60 (S. 800), Anm. 77; Linde, Lehrb., 7. Aufl., § 419, Anm. 8; Renaud, Lehrb., 2. Aufl., S. 576, 589; insbesondere aber Rintelen, Berufungsgrund, S. 60 ff.

[38]) Das gleiche gilt von dem Zwischenerkenntnis, durch welches das Erkenntnisgericht eine Sache rechtswidrig den Geschwornen entzieht (s. u.). Weit vorsichtiger ist die St. P. O. v. 1850, welche nur die Nichtigkeiten des § 352, lit. *d* und *e* zu relativen macht.

Bedeutung der Form[39]) ist größtenteils die Folge einer übertriebenen Sorge vor dem Überwuchern der Form über die Sache; es sollte „das nachträgliche Hervorsuchen von Nichtigkeitsgründen, deren Eintreten zu verhüten die Partei in der Lage war, möglichst erschwert“; es sollte „frivolen Nichtigkeitsbeschwerden möglichst jeder Vorwand abgeschnitten“ werden[40]); abschreckende Beispiele waren ja genug vorhanden. Dabei verfiel man eben in das entgegengesetzte Extrem.

III. Die Behandlung von Formfehlern im österreichischen Zivilprozeß.

Es ist nicht ohne Interesse, unserer St. P. O. als Muster eines gesunden Kompromisses zwischen entgegengesetzten Interessen unsere neuen Zivilprozeßgesetze gegenüberzustellen. Auch ihnen ist die Form nur ein Mittel, die richtige Entscheidung der beherrschende Zweck des Verfahrens; auch sie wollen nicht,

---

[39]) Vgl. auch die weiter unten zitierten Motive zu § 15 St. P. O. — Nach der St. P. O. v. 1853 (§§ 210, 304, 310) hatte die Rechtsmittelinstanz „zu prüfen, ob der Vorgang und die Entscheidung des unteren Richters in allen Beziehungen gesetzmäßig war“ und zugunsten des Beschuldigten alle erforderlichen Abänderungen von Amts wegen zu treffen. Dieses System wurde noch ergänzt durch die a. h. Entschließung vom 28. Febr. 1860, durch welche der oberste Gerichtshof ermächtigt wurde, auch in Fällen, wo eine Berufung an ihn ausgeschlossen war (z. B. weil zwei konforme Entscheidungen der Unterinstanzen vorlagen, § 301) ein offenbar gesetzwidriges Verfahren oder Erkenntnis zugunsten des Angeklagten von Amts wegen abzuändern, wenn er irgendwie zur Kenntnis des Falles kam. Die a. h. Entschließung wurde nicht publiziert, weil sie als Notbehelf für ganz außergewöhnliche Fälle gedacht war; aber die Kunde von derselben „verbreitete sich wie ein Lauffeuer unter den Verteidigern“, welche alsbald den obersten Gerichtshof mit Eingaben überschütteten, die eine solche „außerordentliche Revision“ anregen sollten. So entstand für diese Behörde eine unerträgliche Geschäftslast, ohne daß der nützliche Effekt diesem Kraftaufwande entsprochen hätte. Das Institut der „außerordentlichen Revision“ wurde daher beseitigt (durch Ges. v. 23. Juli 1871, R. G. Bl. Nr. 82; vgl. die Materialien bei Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 240 ff. und denselben, S. 782). — Der in der St. P. O. v. 1853 niedergelegte, für jeden rechtlich Empfindenden absolut notwendige Satz kehrte in einigen der Entwürfe unserer St. P. O. wieder, und zwar in E. VI, § 293, desgleichen in E. VII und E. VIII (Mayer, a. a. O., S. 810, 818); er fehlt in dem E. V (von 1863), dessen § 277 mit § 290 des Gesetzes gleichlautend ist und in den E. IX u. X (Mayer, S. 806, 825). Gründe für die Streichung dieses Satzes sind — wenigstens bei Mayer — nicht zu finden.

[40]) Motive, S. 79 f. (Kaserer, Materialien, II, S. 109 f.)

daß „die Hauptsache, der eigentliche Streitgegenstand von dem Zanke über prozessuale Formfragen überwuchert werde".[41]) Aber sie hüten sich mit richtigem Takte vor einer schädlichen Bagatellisierung der Form.

Die Z. P. O. kennt etwas weniger Nichtigkeitsgründe[42]) als die St. P. O. Die Mehrzahl der Nichtigkeiten ist heilbar, und zwar tritt die Heilung ein, wenn die letzte von den Parteien angerufene Instanz gesprochen hat; während des Instanzenzuges werden sie — ohne jede Rügepflicht der Parteien[43]) — von Amts wegen wahrgenommen: §§ 471, Z. 7; 494, 510, Abs. 2 und 513.[44]) Die Motive zu § 477 äußern sich über solche „ordnungswidrige Emanationen der richterlichen Spruchgewalt": „Das Interesse der öffentlichen Ordnung gestattet nicht, daß die Annullierung eines solchen, der Kritik einer höheren Instanz einmal unterworfenen Urteils lediglich vom Parteiwillen abhänge."

Eine materielle Beeinträchtigung der Partei durch die unterlaufene Nichtigkeit oder auch nur die Möglichkeit einer ungünstigen Beeinflussung der sachlichen Entscheidung ist nicht vorausgesetzt.[45])

Ganz anders verhält es sich mit jenen „wesentlichen Mängeln" des Verfahrens, welche keine Nichtigkeitsgründe sind; sie müssen kunstgerecht gerügt werden[46]) und sind als

---

[41]) Motive zu § 196.

[42]) Sie sind im § 477 Z. P. O. nicht erschöpfend aufgezählt; vgl. v. Schrutka, Jus novorum, S. 25 f.; Rintelen, Berufungsgrund, S. 47, A. 11; Pollak, System, S. 121. — Dazu kommen aber noch die den „relativen Nichtigkeitsgründen" der St. P. O. entsprechenden „wesentlichen Mängel des Verfahrens"; s. u.

[43]) Der § 196 Z. P. O. bezieht sich nicht auf Nichtigkeitsgründe (herrschende Meinung); vgl. Anm. 45.

[44]) Klein, Vorlesungen, S. 259, findet dies selbstverständlich! Rintelen, Berufungsgrund, S. 49 f., meint, daß eine gültig erhobene Berufung oder Revision Voraussetzung dieser amtswegigen Wahrnehmung sei. — Auf die Streitfrage, ob das Berufungsgericht auf diesem Wege auch nicht angefochtene Punkte des Urteils aufheben könne (vgl. Z. P. O., § 462, Abs. 1; v. Schrutka, Jus novorum, S. 26; „Beantwortung der Fragen etc." zu § 477; Eisler, Die Prozeßvoraussetzung etc. [S. A. a. d. Jurist. Bl., 1899], S. 43 ff.), ist hier nicht einzugehen. — In betreff der Geschäfte der freiwilligen Gerichtsbarkeit vgl. § 83 Ger. Org. Ges.

[45]) Vgl. die Motive zu § 477.

[46]) Und zwar in continenti gemäß § 196 Z. P. O., vgl. § 462, und außerdem durch ordnungsmäßige Geltendmachung als Berufungsgrund (§ 467, Z. 3), bzw. als Revisionsgrund (§ 506, Z. 2). Vgl. Rintelen, Berufungsgrund, S. 57.

Berufungsgrund nur dann mit Erfolg zu verwerten, wenn sie im konkreten Falle geeignet waren, zu einer sachlich unrichtigen Entscheidung zu führen. Diese „Mängel" fallen nach ihrer geschichtlichen Entstehung und nach ihrer heutigen Bedeutung mit den „relativen Nichtigkeitsgründen" der St. P. O. zusammen.[47])

Dieser Gegensatz zeigt uns mit aller Klarheit, daß die Nichtigkeit unseres Zivilprozesses lediglich auf einer Verfehlung gegen die Form beruht, ein reiner Ausdruck des öffentlichen Interesses an der Einhaltung der Form ist.[48])

Einen Fall unheilbarer Nichtigkeit nennt § 42 J.N.: Wenn eine anhängig gewordene Rechtssache der inländischen Gerichtsbarkeit oder doch den ordentlichen Gerichten entzogen war, so ist auch nach rechtskräftigem Abschlusse des Verfahrens auf Antrag der obersten Administrativbehörde die Nichtigkeit des durchgeführten gerichtlichen Verfahrens auszusprechen.[49])

Diesem Fall nähern sich an Kraft die zwei im § 529 Z. P. O. genannten Fälle, welche die Grundlage einer „Nichtigkeitsklage" bilden können:

„1. Wenn ein erkennender Richter von der Ausübung des Richteramtes in dem Rechtsstreite kraft des Gesetzes ausgeschlossen war;

2. wenn eine Partei in dem Verfahren gar nicht, oder falls sie eines gesetzlichen Vertreters bedarf, nicht durch einen solchen vertreten war, sofern die Prozeßführung nicht nachträglich ordnungsgemäß genehmigt wurde."

Der erste Punkt kann binnen 10 Jahren nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils, der zweite Punkt ohne zeitliche Einschränkung geltend gemacht werden (§§ 529, 534 Z. P. O.).

---

[47]) Z. P. O., § 496, Z. 2, § 503, Z. 2; vgl. insbes. Rintelen, Berufungsgrund, S. 55 ff.; v. Schrutka, Jus novorum, S. 27; Wehli in den Jurist. Blättern, 1897, S. 520.

[48]) Vgl. Skedl, Die Urteilsnichtigkeit, in dieser Zeitschr., XIV, S. 85 f.; Klein, Vorlesungen, S. 237; Rintelen, Berufungsgrund, S. 54 f.; Pollak, System, S. 119, 124.

[49]) Vgl. Pollak, System, S. 120 (Druckfehler verbessern!) und S. 243, A. 15. Über den Fall, wo es am Zweiparteienverhältnis fehlt, derselbe, S. 135 (IV).

Diese der deutschen Z. P. O. entlehnte „Nichtigkeitsklage" ist ein direkter Nachkomme der gemeinrechtlichen außerordentlichen Nichtigkeitsbeschwerde; die Motive zu § 529 Z. P. O. sprechen ausdrücklich von „unheilbare Nichtigkeit der Entscheidung". [50])

Zu der letzteren Gruppe gehört aber auch der m. E. unrichtig unter die Wiederaufnahmsgründe gereihte Fall des § 530, Z. 4: „Wenn sich der Richter bei Erlassung des Urteiles oder einer dem Urteile zugrunde liegenden früheren Entscheidung in Beziehung auf den Rechtsstreit zum Nachteile der Partei einer nach dem Strafgesetze zu ahndenden Verletzung seiner Amtspflichten schuldig gemacht hat." Die „Nichtigkeitsklage" behauptet Nullität, die Wiederaufnahmsklage „Iniquität" des Urteils [51]), und zwar eine Iniquität, die auf „Mängeln in den sachlichen Unterlagen der Entscheidung beruht". [52])

---

[50]) Vgl. die Motive zu § 541 der deutschen Z. P. O.; Lothar Seuffert, Kommentar, vor § 541 (zitiert nach der 6. Aufl.); Planck, Lehrb. d. deutsch. Zivilprozeßr., II, S. 560; Richard Schmidt, Lehrb., S. 572, Anm. 1. Daß es sich um unheilbare Nichtigkeiten im römischen Sinne nicht handelt, ist selbstverständlich; die moderne „Nichtigkeit" kann nur im streng vorgeschriebenen Wege, teilweise auch nur binnen einer allerdings sehr langen Frist geltend gemacht werden. Das einmal gefällte Urteil bewahrt seine Formalkraft, bis es kunstgerecht entkräftet ist; es ist formell nicht nichtig, sondern nur anfechtbar (vgl. o. S. 6). Aber der innere Grund dieser so lange dauernden Anfechtbarkeit harmoniert völlig mit dem Rechtsgrund der römischen Nullität und nur die Form, in welcher der Rechtsgedanke sich durchsetzt, ist eine verschiedene. — Ich hätte es gerne dem Leser überlassen, dieses granum salis aus eigenem hinzuzufügen, wenn nicht die alsbald zu erwähnenden Arbeiten von Schwalbach und v. Kries zeigen würden, daß man auch das Selbstverständliche sagen muß.

[51]) Im Sinne des gemeinen Rechtes; vgl. Planck, a. a. O. S. 565. Die Motive zu § 530 sagen ganz richtig, daß das Urteil „nach den Anforderungen der materiellen Gerechtigkeit nicht rechtsbeständig bleiben darf"; vgl. auch Neumann, Kommentar, S. 983 f.

[52]) So Richard Schmidt, a. a. O. S. 571, u. zw. in ungefährer Übereinstimmung mit der gemeinen Meinung; abweichend zunächst Schwalbach im Arch. f. d. zivilist. Praxis, Bd. LXIII, der aber in Wahrheit nur gegen einen verunglückten Satz im Kommentare von Wilmowski und Lewy, sonst aber gegen Windmühlen kämpft; ferner v. Kries, Die Rechtsmittel etc. (1880), S. 466 f., dessen Hauptargument die im folgenden hervorgehobene völlige Analogie des bestochenen Richters mit dem ausgeschlossenen Richter ist; statt aber die richtige Konsequenz zu ziehen, daß eben der bestochene Richter mit Unrecht zu den Restitutionsgründen geschlagen wurde, folgert er daraus für die übrigen Re-

Die Nichtigkeitsklage bewirkt Aufhebung des formell verfehlten Verfahrens ohne zu fragen, ob eine sententia injusta s. iniqua vorliege; die Wiederaufnahmsklage dagegen nur dann, wenn auf die falsche Urkunde, die falsche Aussage „das Urteil gegründet ist", wenn also die Iniquität des Urteils wahrscheinlich[53]) ist. In allen diesen Beziehungen geht nun der Fall des § 530, Z. 4 mit der Nichtigkeitsklage des § 529.[54]) Insbesondere verlangt das Gesetz nicht, daß die Entscheidung sich auf das Verbrechen des Richters „gründe". Die Motive sagen ausdrücklich[55]), daß es auf einen Kausalzusammenhang mit der Entscheidung nicht ankomme. „Auch wenn nicht gerade diese Tat (des Richters) die ungünstige Entscheidung herbeigeführt hat, war der Richter doch in der Sache so sehr befangen, daß es mit der Gerechtigkeit unverträglich ist, ein Urteil in Wirksamkeit zu erhalten, das von einem solchen Richter oder unter dessen Mitwirkung erlassen wurde". Die Analogie zwischen dem bestochenen Richter des § 530, Z. 4 und dem ausgeschlossenen Richter des § 529, Z. 1 springt in die Augen, und sie ist tief begründet. Nehmen wir an, es war einer von drei Richtern bestochen, das Urteil aber erfloß auf

---

stitutionsgründe, daß sie sich auch nicht wesentlich von den Nichtigkeitsgründen unterscheiden.

[53]) Nur wahrscheinlich, nicht gewiß! Wenn auf Grund einer gefälschten Quittung absolviert wurde, so ist es ja nicht ausgeschlossen, daß die durch diese Quittung für bewiesen angenommene Zahlung tatsächlich erfolgt ist; aber diese Annahme, die früher sehr begründet schien, ist jetzt sehr unwahrscheinlich geworden; die richtige Fassung klärt manches Mißverständnis; vgl. z. B. einerseits Seuffert, vor § 541, anderseits Weismann, Lehrb. d. deutschen Z. P. R., I, S. 457, v. Kries, Die Rechtsmittel, S. 469. — Völlig analog ist in dieser Richtung die Wiederaufnahme des Strafverfahrens; s. auch unten.

[54]) Treffend die Motive zu § 532: „Die in den §§ 529 und 530, Z. 4 hervorgehobenen Anfechtungsgründe ergreifen das betreffende Urteil in seiner Rechtsbeständigkeit ohne weitere Rücksicht auf den materiellen Inhalt, bezwecken also zuvörderst die Aufhebung, während in allen übrigen Fällen der Wiederaufnahmsklage Abänderung der sachlichen Entscheidung angestrebt wird." Bei der Nichtigkeitsklage werde „über die Rechtmäßigkeit des Verfahrens und des richterlichen Ausspruches" erkannt. Bei der Wiederaufnahmsklage „ist für das Urteil eine andere tatsächliche Grundlage zu gewinnen, über welche dann eine geänderte Entscheidung in der Sache ergehen soll".

[55]) Im Anschlusse an die deutsche Theorie; vgl. Gaupp-Stein, Kommentar, 5. Aufl., II., S. 143 (zu § 580, Z. 5 neuer Zählung); Planck, a. a. O. II, S. 580; Weismann, a. a. O. S. 459.

Grund eines einhelligen Votums. Der Kausalzusammenhang des Ergebnisses mit der Bestechung ist nicht erweislich; aber ebenso wenig weiß man, wie der bestochene auf die anderen, arglosen Richter eingewirkt hat. Die kollegiale Beratung beruht ja auf einer Wechselwirkung der Ansichten, und wenn eine der mitspielenden Kräfte verdorben und verfälscht war, dann ist das ganze Verfahren verdorben und verfälscht, und es entspricht der Würde der Justiz nur eines: daß man dieses Verfahren ohne weitere Untersuchung für ungültig erkläre.[56]) Ganz anders behandelt unsere St. P. O. die Bestechung des Richters, und zwar leider als echten Wiederaufnahmsfall; der Staatsanwalt muß beweisen, daß „das Erkenntnis durch Bestechung herbeigeführt worden ist". Wie nun, wenn der Vorsitzende des Gerichtshofes bestochen war, oder auch nur ein Votant, und bei der Beratung den Zweifeln an der Schuld des Angeklagten so beredten Ausdruck verliehen hat, daß nun keiner der Richter den Schuldspruch auf sein Gewissen zu nehmen wagte?[57]) Läßt sich dieser Einfluß nach Jahren „dartun" oder gar beweisen? Weit besser ist die Reichsstrafprozeßordnung, welche einen Kausalnexus zwischen der Verletzung der Amtspflichten und dem Urteile nicht verlangt, also diesen „Wiederaufnahmsfall" als unheilbare Nichtigkeit konstruiert.[58])

Unrichtige Anwendung des materiellen Rechtes bildet im österreichischen Zivilprozesse keinen Nichtigkeitsgrund. Sie kann „nur unter den allgemeinen Bedingungen und Schranken berufungsgerichtlicher Prüfung und Entscheidung korrigiert werden, also nur innerhalb der Grenzen des Berufungsantrages und soweit der geltendgemachte Berufungsgrund zur Kritik der rechtlichen Beurteilung der Sache Anlaß gibt". (Klein, Vorlesungen,

---

[56]) Nach römischem und gemeinem Rechte leidet das Urteil des bestochenen Richters an unheilbarer Nichtigkeit: l. 7 Cod. 7, 64; Renaud, Lehrb., 2. Aufl., S. 577; v. Kries, Rechtsmittel, S. 467.

[57]) Vgl. österr. St.P. O., § 353, Z. 1, § 355, Z. 1; dazu Rulf, Kommentar, 2. Aufl., S. 371, der aber im System, § 226, seine Ansicht wieder aufgibt. R. St. P. O., § 399, Z. 3, § 402, Z. 3. Mayer, Kommentar zu § 353, Nr. 28 und Nr. 83 ff., schreibt wahllos deutsche und österreichiche Autoren aus und ist daher sehr widerspruchsvoll. Unrichtig v. Kries, Lehrb. d. deutschen Strafproz., S. 708, Anm. 1, der von früher her (s. o. Anm. 51) eine schiefe Anschauung mitbringt.

[58]) Treffend: Walther, Rechtsmittel, II, S. 150 f.

S. 265 f.) Im allgemeinen besteht in der Tat nicht — wie dies beim Strafrechte der Fall ist — ein öffentliches Interesse an der richtigen Anwendung des bürgerlichen Rechtes. Auffallend ist jedoch, daß auch eine Verletzung der Normen des zwingenden Rechtes nicht von Amts wegen wahrgenommen wird.[59])

IV. Einzelne Fälle unheilbarer Nichtigkeit nach österreichischem Strafprozeßrecht.

Kehren wir nunmehr zur St. P. O. zurück; wenn es nach dieser unheilbare Nichtigkeiten geben soll, so müssen das Verstöße sein, welche die heilbaren Nichtigkeiten an Schwere noch übertreffen; es muß sich um wahre prozessuale Mißgeburten handeln, die man im Sinne des § 1 gar nicht mehr ein „Strafverfahren in Gemäßheit der Strafprozeßordnung“ nennen kann.

Hier dürfte es am Platze sein, darauf hinzuweisen, daß der § 1 der St. P. O. nur die eine Seite des Problems der Rechtskraft ausdrücklich regelt; das unheilbar nichtige Urteil darf nicht vollzogen werden! Aber wenn es nullius momenti ist, wenn „nicht geurteilt worden ist“, dann steht dieses Nicht-Urteil auch der Strafverfolgung nicht im Wege; wir müssen also den § 1 St. P. O. ausdehnend dahin ergänzen, daß auch ein unheilbar nichtiger Freispruch der Rechtskraft nicht fähig ist.

Verstöße der genannten Art sind naturgemäß selten; aber sie können vorkommen.

Halten wir uns zunächst an das System der ordentlichen Nichtigkeitsbeschwerde.

Mangelhafte Besetzung des Gerichtes heilt sogar sehr leicht (§ 281, Z. 1; § 344, Z. 1 St. P. O.); nach der Zivilprozeßordnung bildet wenigstens die Teilnahme eines ausgeschlossenen Richters einen unheilbaren Nichtigkeitsgrund (§ 529, Z. 1). Wie aber, wenn ein Nichtrichter geurteilt hat? Dies glaubt selbst die Z. P. O. übergehen zu können: „Der Fall aber, daß eine zum Richteramte überhaupt nicht berufene Person die Entscheidung erlassen hat, wurde im § 529 außer Beachtung gelassen, weil da ein Spruch gefällt wurde, der gar nicht geeignet ist, formelle

---

[59]) Vgl. auch Art. XXV Einf. Ges. zur Z. P. O. und § 595, Z. 6 Z. P. O.

Rechtskraft zu erlangen. Einem etwaigen Versuche der Zwangsvollstreckung würde hier schon mit dem Einwande entgegengetreten, daß überhaupt eine richterliche Entscheidung nicht vorliegt" (Motive zu § 529).

Das ist auch für den Strafprozeß vollkommen zutreffend. Und doch können solche Fälle vorkommen, die von einem Wirtshausscherz sehr weit entfernt sind und den Anschein korrekten Vorgehens zeigen; z. B. es wäre der Bezirksrichter in X pensioniert und mit dem 31. Dezember 1903 seines Amtes enthoben worden; da aber sein Nachfolger plötzlich erkrankt, so ist der alte Herr so freundlich, die Geschäfte noch durch einige Tage weiterzuführen; er hält am 2. Jänner 1904 noch Verhandlungen ab und urteilt, obwohl er nicht mehr Richter ist. Die Grenze zwischen „Nichtrichter" und „nicht tauglicher Richter" wird sogar nicht immer leicht zu ziehen sein. [60])

Die Besetzung des Gerichtes mit einem irrsinnigen Richter dürfte ebenfalls über den Rahmen „einer nicht gehörigen Besetzung" hinausgehen; man denke nur daran, daß der Irrsinnige auf Grund von Wahnvorstellungen Tatbestände als erwiesen betrachtet, das Urteil aber technisch korrekt ausfertigt; wenn die — etwa eingeschüchterten — Parteien auf Rechtsmittel verzichten, sollen diese Irrsinnsakte vollstreckbare Urteile sein? [61])

Wenn ein Schriftstück über einen nichtigen Vorakt in der Hauptverhandlung verlesen wird, so begründet das eine heilbare Nichtigkeit (§§ 281, Z. 2; 344, Z. 3). Wie aber, wenn der Vorsitzende so pflichtvergessen ist, das nichtige Schriftstück zwar nicht in der Hauptverhandlung, wohl aber bei der geheimen Urteilsberatung zu verlesen? Wie wenn er ein ganzes „Geheimdossier" verliest? Dieser Verstoß ist ungleich schwerer als der

[60]) Bei einem Wiener Bezirksgerichte urteilt ein Gerichtsadjunkt oder ein Auskultant; oder ein Auskultant führt die Geschäfte eines Unterrichtsrichters (§§ 2, 25 Ger. Org. Ges.); oder ein Rechtspraktikant fungiert als Richter. Sind das heilbare oder unheilbare Nichtigkeiten? — Vgl. S. 36 o.

[61]) Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, über die am Schlusse noch gesprochen werden wird, ist hier mangels eines Rechtsirrtumes ausgeschlossen. In Deutschland hat der Fall des irrsinnig gewordenen Landgerichtsdirektors Brausewetter große Schwierigkeiten bereitet. Vgl. Stenglein in Hardens „Zukunft", Mai 1896. Binding, a. a. O. § 118, III, 2, nimmt mit Recht unheilbare Nichtigkeit an; ebenso Bennecke-Beling, § 75, III, § 77, III, 1, c.

erstere. Den Parteien wird jede Möglichkeit entzogen, die so produzierten Beweise einer Kritik zu unterziehen; es wird das Grundgesetz verletzt, daß „das Gericht bei der Urteilsfällung nur auf dasjenige Rücksicht zu nehmen hat, was in der Hauptverhandlung vorgekommen ist“ (§ 258 St. P. O.); bei freier Beweiswürdigung ist es nun für die Richter eine psychologische Unmöglichkeit, von dem per nefas Gehörten zu abstrahieren und den Gesamteindruck der Hauptverhandlung unbeirrt festzuhalten. Ein solches Verfahren spricht allen Begriffen eines modernen Strafprozesses Hohn und verfällt der Sanktion des § 1 St. P. O.

Ein verurteilendes Erkenntnis muß „bei sonstiger Nichtigkeit“ wenigstens enthalten: Die Bezeichnung der Tat und gewisser Tatumstände, der rechtlichen Qualifikation und der verhängten Strafe (§ 260); die Nichtigkeit ist heilbar, ja sogar eine nur „relative“ (§ 281, Z. 3 und al. ult.; § 344, Z. 4 und al. ult.). Das ist nicht nur ganz unverständlich: denn wie kann man hier die Frage aufwerfen, „ob die Formverletzung auf die Entscheidung einen dem Beschwerdeführer nachteiligen Einfluß üben konnte“; es ist auch undurchführbar![62]) Wie soll man ein formell rechtskräftig gewordenes Urteil vollstrecken, das einfach lautet: „Johann Huber ist schuldig des Diebstahles“? Ich würde mich aber auch sehr wundern, wenn eine österreichische Strafanstalt ein Urteil vollziehen würde, dessen Sentenz nichts enthielte als die Worte: „Johann Huber wird zu fünf Jahren schweren Kerkers verurteilt.“

Ein gewisses Minimum an Form ist eben ein Bedürfnis, das der Gesetzgeber, auch wenn er es wollte, nicht unterdrücken kann.[63])

Genau ebenso verhält es sich mit dem Nichtigkeitsgrunde des § 281, Z. 5: „Wenn der Ausspruch des Gerichtshofes über entscheidende Tatsachen (§ 270, Z. 6 und 7) undeutlich, unvoll-

---

[62]) Ich sehe davon ab, daß der Ankläger seiner Rügepflicht (§§ 281, 344 a. E.) nicht entsprechen kann.

[63]) Vgl. o. Anm. 20. Es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz des Staatsrechts, daß sich das Prüfungsrecht der zum dienstlichen Gehorsam verpflichteten Behörde auch darauf erstreckt, ob der Befehl in der vorgeschriebenen Form erteilt ist (vgl. die unten, Anm. 114, angeführte Literatur). Seydel, Bayr. Staatsr., 2. Aufl., II, S. 223, bemerkt hierzu: „Es ist an sich klar, daß . . . ein Befehl, der nicht in der Form erlassen ist, die zu seiner Gültigkeit erfordert wird, rechtlich überhaupt kein Befehl, weil mit Nichtigkeit behaftet ist.“

ständig oder mit sich selbst in Widerspruch ist", der den vorigen Punkt teilweise umfaßt. Wie soll man ein Urteil des Berufungsgerichtes ausführen, welches lautet: „Die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Urteil des Bezirksgerichtes wird zurückgewiesen und der Angeklagte wegen Übertretung des Diebstahles zu drei Tagen Arrest verurteilt"? [64])

Dieser Nichtigkeitsgrund ist in § 344 ersetzt durch die Z. 9: „Wenn die Antwort der Geschwornen undeutlich, unvollständig oder in sich widersprechend ist"; aber es kann auch der Schwurgerichtshof selbst diesen Fehler begehen, und zwar besonders leicht in den Fällen, wo er gemäß § 317 ohne Befragung der Geschwornen urteilt; dafür ist gar nichts vorgesehen! Was fangen wir nun mit einem Urteil an, welches etwa sagt: Zwar ist die Verjährung eingetreten; aber auf Grund des Verdiktes wird der Angeklagte für schuldig erklärt usw.?

Vor kurzem ist ein Wiener Einzelrichter auf die Idee verfallen, einen des Diebstahls Angeklagten „derzeit freizusprechen", weil er fand, daß die Frage der tätigen Reue durch Schadensgutmachung erst in einigen Wochen spruchreif sein werde [65]); also eine Art absolutio ab instantia! Ebensogut hätte der Richter ein „bedingtes Endurteil" fällen können: Wenn der Angeklagte bis zum 1. Februar 1904 den Schaden nicht voll getilgt haben wird, ist er schuldig der Übertretung des Diebstahles etc. Beide Arten von Urteilen sind unserer Strafprozeßordnung unbekannt; sie sind einer Rechtskraft nicht fähig und insoferne hatte wohl der Richter Recht, als er die Belehrung erteilte, sein Urteil stehe der neuerlichen Anhängigmachung des Strafverfahrens nicht im Wege.

[64]) Ein ähnliches Erkenntnis erhielt ich einmal als Einzelrichter von der Oberinstanz zugemittelt; ich lehnte die Ausführung desselben ab. Der Fehler war behebbar, da er nicht an der Originalniederschrift des Urteils, sondern an der Abschrift lag (§ 270 St. P. O. bezeichnet leider beides als „Ausfertigung").

[65]) Vgl. Neue Freie Presse v. 30. Dez. 1903. Der Angeklagte hatte versprochen „nach Tunlichkeit und Möglichkeit" Ersatz zu leisten, was der Richter gegen die ständige Praxis des Kassationshofes als Vergleich im Sinne des § 188, lit. *b* St. G. gelten ließ; vor Gericht einigten sich die Parteien auf den 1. Februar 1904 als Zahlungstermin. — Dem Urteile lagen wohl Erinnerungen aus dem Zivilprozesse zugrunde. Vgl. die „Fragenbeantwortung" zu §§ 404, 406 Z. P. O.

Das Gesetz denkt offenbar gar nicht an den Fall, daß das Urteil anders ausgefertigt wird, als es verkündet wurde. Der Bezirksrichter hat einen Schuldspruch verkündet und der Angeklagte hat Berufung eingelegt. Bei der Ausfertigung des Urteiles kommt der Richter zur Überzeugung, daß er sich grob geirrt habe. Er fertigt daher, um seine Schwäche zu verbergen, einen Freispruch aus; der Angeklagte ist ja leicht beruhigt und der staatsanwaltschaftliche Funktionär erfährt nichts von der Änderung; er kann daher gar nicht rechtzeitig das ordentliche Rechtsmittel einlegen. Eine „Berichtigung" der Ausfertigung nach § 270 St. P. O. ist ausgeschlossen. Aber: non est judicatum! Denn wenn ein „Urteil" vorliegen soll, so muß es mündlich verkündet und schriftlich ausgefertigt werden (§ 268 ff. St. P. O.). Die Urteilsausfertigung besorgt die Überleitung des mündlichen Hauptverfahrens in das schriftliche Rechtsmittel- bzw. Vollstreckungsverfahren. Der mündliche Akt ist die Grundlage der Anmeldung, der schriftliche bereits die Grundlage der Ausführung der ordentlichen Rechtsmittel (§§ 284, 285). Das Rechtsmittelverfahren und der Strafvollzug beruhen auf der Voraussetzung der unverfälschten Niederschrift des Urteilsinhaltes [66]); trifft diese Voraussetzung nicht zu, dann liegt ein „Strafverfahren in Gemäßheit der Strafprozeßordnung" nicht vor.

Die während der Hauptverhandlung erfolgte Verletzung wesentlicher Grundsätze des Strafverfahrens bildet nur dann einen Nichtigkeitsgrund, wenn sie in der Form eines Zwischenerkenntnisses erfolgt ist, und die Nichtigkeit ist heilbar (§§ 281, Z. 4; 344, Z. 5). Das Gewissen des Gesetzgebers zeigt hier einen bedauerlichen Grad von Elastizität — aber wir täten ihm Unrecht, wenn wir ihm zumuten würden, daß er an so krasse Fälle gedacht hat, wie den folgenden:

A hat sich für *B* ausgegeben und es ist infolgedessen ein formell rechtskräftiges Urteil gegen *B* erflossen. [67]) Das

---

[66]) Nur um Mißverständnissen vorzubeugen sei bemerkt, daß völlige Identität der Entscheidungsgründe nicht verlangt werden kann. Nur der disponierende Teil des Urteils muß absolut identisch sein. — A. A. Glaser, Handb., II, S. 593 (auch für das deutsche Recht bedenklich). — Vgl. l. 3 Cod. de sententiis ex periculo recitandis, 7, 46.

[67]) Richtig für diesen Fall: v. Waser a. a. O.; ebenso Bennecke und Beling, Lehrb., § 77, III, 1, *b*; unzureichend: Pfizer, Gerichtssaal, Bd. LVI,

Urteil läßt sich nicht etwa „berichtigen“; dies ist im § 270 al. ult. St. P. O. ausdrücklich verboten und eigentlich selbstverständlich; denn was für den *B* paßt, das paßt nicht ohne weiteres für den *A* (man denke an eine Verurteilung wegen Bigamie — und *A* ist ledig!). Es wäre nicht ausgeschlossen, das Urteil dem *B* zuzustellen, damit er die Nichtigkeitsbeschwerde erhebe, obwohl man im Gesetze nicht leicht einen passenden Nichtigkeitsgrund finden wird. Wie aber, wenn *B* die Rechtsmittelfrist versäumt, oder wenn er (ganz mit Recht) erklärt: „Mich geht dieser Prozeß nicht an; ich weigere mich, die Nichtigkeitsbeschwerde einzulegen, oder ein Wiederaufnahmsgesuch einzubringen“ — soll jetzt das Urteil gegen *B* vollstreckbar sein?[68])

S. 65 ff. — Vgl. Z. P. O., § 529, Z. 2, § 534, al. ult. Über den „Mangel des Zweiparteienverhältnisses“ im Zivilprozesse vgl. Pollak, System, I, S. 120; S. 135, IV.

[68]) Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist mangels eines Rechtsirrtums ausgeschlossen. Den Antrag auf Wiederaufnahme des Strafverfahrens kann wohl der Staatsanwalt selbst stellen, aber m. E. nicht gegen den Willen des Angeklagten; § 354 verweist auf § 282, und wenn der Staatsanwalt nicht gegen den Willen des Angeklagten ein rechtsirrtümliches Urteil durch Nichtigkeitsbeschwerde anfechten kann, dann ist er umsoweniger berechtigt, die Wiederaufnahme zu seinen Gunsten zu erzwingen. Man denke etwa den Fall, A sei vor 10 Jahren wegen Notzucht verurteilt worden. Die Sache ist so ziemlich vergessen. A lebt in glücklicher Ehe. Nun stellt sich heraus, daß die Hauptzeugin in einigen Punkten falsch ausgesagt hat (sie hat sich für geschlechtlich unerfahren und unbescholten ausgegeben, während sie eine vielfach abgestrafte Dirne war); das wäre ein Wiederaufnahmsgrund (§ 353, Z. 1). Soll jetzt der Staatsanwalt berechtigt sein, dem vielleicht trotz allem schuldbewußten A das Wiederaufnahmsverfahren aufzudrängen und sein Familienglück zu zerstören? (Vgl. Motive, S. 86, Kaserer, S. 118, zu § 353, Z. 3; andrerseits eod. S. 88, bezw. 121, zur Frage der reformatio in peius; nach der St. P. O. v. 1850, § 395 und den ersten Entwürfen mußte der Staatsanwalt den Antrag „von Amts wegen“ stellen; s. Mayer, Entstehungsgesch., S. 899 f.) — In unserem Falle könnte wohl der Generalprokurator die sog. außerordentliche Revision (§ 362) anregen; dieses Rechtsmittel würde eine ganz unnötige Bemühung der höchsten Behörden bedingen. Jedenfalls ist es nicht für solche Fälle gemünzt; denn es ist für das Übertretungsverfahren nicht zulässig (§ 460, al. 2), und das Bedürfnis ist dort nicht minder vorhanden.

Nachtrag. Während des Druckes dieser Abhandlung erschien die Entscheidung Sg. 2915 (v. 25. Febr. 1904, Z. 2454), welche den Satz aufstellt, daß der Staatsanwalt auch gegen den Willen des Angeklagten zu dessen Gunsten die Nichtigkeitsbeschwerde ergreifen könne. Ich brauche mich auf eine Widerlegung umso weniger einzulassen, als der Wortlaut des Gesetzes jeden Zweifel ausschließt: „Zu Gunsten des Angeklagten kann die Nichtigkeitsbeschwerde sowohl von ihm selbst, als auch von seinem Ehegatten, seinen Verwandten in auf- und absteigender Linie und von dem Staatsanwalte, gegen

Das Gesetz hat ferner gewiß nicht an verbrecherische Mißbräuche gedacht[69]; z. B. es wird der Angeklagte ungehört verurteilt und sofort eingekerkert; es wird ihm die falsche Belehrung erteilt, ein Rechtsmittel sei nicht zulässig; die trotzdem angemeldete Beschwerde wird nicht zu Protokoll genommen oder als Verzicht auf jedes Rechtsmittel protokolliert. Soll dieses Urteil nun vollstreckbar sein?

Es bildet einen heilbaren Nichtigkeitsgrund, wenn das Urteil die Anklage „gegen die Vorschrift der §§ 262, 263 und 267 überschritten hat" (§ 281, Z. 8, vgl. § 344, Z. 6 und 7). Dies bezieht sich wohl nur auf geringere Irrtümer in der Abschätzung der Tragweite der Anklage. Wie aber, wenn eine Anklage ganz fehlt, wenn der Richter einfach einen Inquisitionsprozeß führt?[70] Einen solchen Fall referiert v. Waser (a. a. O.); es „wurden bei einem Bezirksgerichte Vorerhebungen wegen des Verbrechens der Schändung geführt; obgleich der Staatsanwalt erklärte, zur gerichtlichen Verfolgung keinen Grund zu finden, wurde vom Bezirksgerichte dennoch die Hauptverhandlung angeordnet und wurde der Angeklagte (der nach dem vorgelegten Taufscheine bereits 16 Lebensjahre zählte) auf Grund des § 270 St. G. B. der Übertretung gegen die öffentliche Sittlichkeit schuldig erklärt und zur Arreststrafe in der Dauer von 14 Tagen verurteilt. Dieses Urteil wurde vom Verurteilten nicht angefochten." Unser Autor sagt mit Recht, daß dieses Urteil nicht vollstreckt werden durfte![71]

---

seinen Willen aber **nur** im Falle der Minderjährigkeit von den Eltern und vom Vormunde ergriffen werden ...." (§ 282 St. P. O.)

[69] Zutreffend: v. Waser a. a. O.

[70] Nicht zutreffend ist hier der heilbare Nichtigkeitsgrund des § 281, Z. 9, lit. *c* (§ 344, Z. 10, lit. *c*): „Wenn durch den ergangenen Ausspruch über die Frage, ob die nach dem Gesetze erforderliche Anklage fehle, ein Gesetz verletzt oder unrichtig angewendet wurde." Es handelt sich dabei nur um die Frage, ob Offizial-, Ermächtigungs- oder Privatanklagedelikt vorliegt. (Irrig: Slg. 146, 149, richtig die neuere Judikatur seit Slg. 405, 577.) Der zwingende Beweis hierfür ergibt sich aus dem später noch zu verwendenden Parallelismus des § 213 mit § 281, Z. 9 und § 344, Z. 10. In § 213, Z. 4 aber ist der entsprechende Einstellungsgrund genauer formuliert: „Wenn das nach dem Gesetze erforderliche Verlangen oder die gesetzliche Zustimmung eines hierzu Berechtigten fehlt."

[71] Die vom Richter erlegten „Böcke" vereinigen sich zu einer stattlichen „Strecke". Das Beispiel möge, wenn es noch nötig ist, beweisen, was der erfahrene Praktiker ohnehin weiß, daß auf unserem Gebiete nichts unmöglich ist.

Von Abstimmungsirrtümern sprechen die §§ 281 und 344 überhaupt nicht; zum Teile hat das einen systematischen Grund: soweit die Abstimmung in geheimer Beratung erfolgt, ist sie der Kontrolle der Parteien gänzlich entzogen, kann also gar nicht Gegenstand eines ordentlichen Rechtsmittels sein; bei den Geschwornen aber kann ein Teil der Abstimmungsverstöße in offener Sitzung begangen werden. Sprechen wir zuerst von den Fehlern in der geheimen Sitzung.

Es ist möglich, daß der Vorsitzende des Senates rechtsirrtümlich etwas als Abstimmungsresultat ansieht[72]), was es nicht ist; er verkündet z. B., es sei über den Angeklagten eine Strafe von sechs Monaten Kerker verhängt worden, während nach der Regel des § 20 St. P. O. nur vier Monate beschlossen waren; eine Berichtigung des Urteils ist ausgeschlossen (§ 270 a. E.)[73]); eine ordentliche Nichtigkeitsbeschwerde nicht gegeben.

Es ist ferner möglich, daß der Vorsitzende oder der Obmann der Geschwornen aus Zerstreutheit, wegen Schwerhörigkeit oder aus einem anderen Grunde ein Votum falsch versteht; er hört ein ja, während nein gesagt wurde. Der Irrtum kann aber auch bei der Eintragung des Abstimmungsresultates in dem Fragebogen erfolgen. Der Obmann will schreiben: „8 ja, 4 nein“ und schreibt: „8 nein, 4 ja“.[74])

---

[72]) Einen Fall, in dem der Senat selbst seinen Beschluß unrichtig feststellte, vgl. in Slg. 2853.

[73]) Treffend: v. Waser, a. a. O. Anm. 14.

[74]) Ganz verzweifelt ist folgender Fall, der sich ziemlich häufig zu ereignen scheint. Es ist eine Hauptfrage (z. B. Totschlag) und eine Zusatzfrage (z. B. nach Volltrunkenheit) gestellt. Eine Minorität (z. B. 3 Geschworne) will den Angeklagten unter allen Umständen freisprechen und glaubt mangels Einsicht in die Technik der Fragestellung dies am sichersten durch Verneinung aller Fragen zu erreichen. Das Resultat kann etwa sein: Hauptfrage: Schuldig des Totschlages? 9 ja, 3 nein! Zusatzfrage: War Täter volltrunken? 3 ja, 9 nein, unter den letzteren die 3 Geschwornen, die unbedingt freisprechen wollten. Es können auch alle Geschwornen den Sinn der Zusatzfrage mißverstehen, so daß jene für „ja“ stimmen, welche „schuldig“ meinen. Solche Geschichten werden oft vertraulich erzählt; eine Kontrolle ist fast ganz unmöglich. Wie leicht könnte sich auch hinter einer etwaigen Bestätigung des Irrtums durch den betreffenden Geschwornen ein Rücktritt vom Votum verbergen. Nur wenn die Geschwornenbank sofort bei Verkündigung des Urteils protestieren würde, wäre es möglich, Klarheit zu schaffen. In anderen Fällen könnte im Wege des § 362 St. P. O. geholfen werden.

Schließlich wäre es möglich, daß ein tyrannischer oder verbrecherischer Vorsitzender oder Obmann einfach keine ordnungsmäßige Abstimmung zuläßt oder das Resultat absichtlich unrichtig verkündet.

Alle diese Verstöße bilden keinen „Nichtigkeitsgrund" im Sinne der §§ 281 und 344; der Kassationshof scheint daraus zu deduzieren, daß sie für den Rechtsbestand des Urteils gleichgültig sind. Ich kann mich hier nur auf Berichte der Tagespresse berufen, aber ihre Konformität beweist ihre volle Zuverlässigkeit. In dem einen Falle[75]) hatte der Obmann der Geschwornen ein einstimmiges Schuldverdikt verkündet; der Referent bei der Kassationsverhandlung brachte aus den Akten Briefe von drei Geschwornen zur Verlesung, in denen sie erklärten, daß der Obmann bei Abgabe des Verdiktes sich geirrt haben dürfte, indem die Geschwornen den Angeklagten freisprechen wollten und einige auch tatsächlich mit „nein" stimmten. Diese Angabe wurde dadurch unterstützt, daß fünf unter ganz gleichen Umständen wegen Mitschuld an demselben Verbrechen angeklagte Personen freigesprochen worden waren. Der Vertreter der Generalprokuratur erklärte, „auf die Briefe könne vom Kassationshofe kein Gewicht gelegt werden, da die Vorgänge, die sich bei der Abstimmung der Geschwornen im Beratungszimmer abspielen, der Überprüfung entzogen seien". Der Kassationshof teilte diese Anschauung und verwarf die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ohne „Einholung tatsächlicher Aufklärungen" (§ 286 St. P. O.).

In einem anderen Falle[76]) hatte ein Geschworner vor einem Notar bestätigt, daß der Obmann den Geschwornen, welche den Angeklagten freisprechen wollten, auseinandergesetzt habe, dies dürfe nicht geschehen, weil sonst der Anzeiger wegen Verleumdung bestraft werden würde; darauf sei ohne weitere Beratung und ohne Abstimmung einfach in das Verdikt geschrieben worden „8 Stimmen ja, 4 Stimmen nein". Die Nichtigkeitsbeschwerde wurde zurückgewiesen, „weil die internen Vorgänge im Geschwornenzimmer und die Motive der Geschwornen sich nicht nur der Überprüfung durch den Kassationshof ent-

[75]) Vgl. Neue Freie Presse vom 15. Juli 1899, Abendblatt.

[76]) Vgl. Neue Freie Presse vom 6., 7. u. 8. Nov. 1903.

ziehen, sondern eine solche Überprüfung nach den gesetzlichen Bestimmungen geradezu unstatthaft ist".

Die „Neue Freie Presse" meinte, dieses Urteil erscheine „dem nicht juristisch gebildeten Verstande einfach als eine Ungeheuerlichkeit". Sie wies darauf hin, es könne sich ja auch der Fall ereignen, daß die Geschwornen einstimmig schuldig sprechen, der Obmann aber verkündigt, sie hätten einstimmig freigesprochen — und der Staatsanwalt hätte dagegen kein Rechtsmittel.[77]) Der Laienverstand hat ganz recht. Wenn wir diese Abstimmungsverstöße mit den Nichtigkeiten der §§ 281 und 344 vergleichen, so können wir nicht einen Augenblick zweifeln, daß sie weit schwerer wiegen als alle dort genannten Formverletzungen. Wenn ein Zeuge nicht beeidet wird, wenn im Senat zwei Gerichtssekretäre sitzen, wenn ein Richter während einer Verlesung die Hauptverhandlung für einige Minuten verläßt, so begründet das die Nichtigkeitsbeschwerde; und derselbe Gesetzgeber sollte es als gleichgültig betrachten, ob der Obmann der Geschwornen überhaupt abstimmen läßt, oder ob er einfach als Diktator irgend etwas in dem Fragebogen einträgt? Es gibt doch überhaupt kein wichtigeres Organ des Strafprozesses als den Abstimmungsmechanismus! In allen genannten Fällen ist ein „Strafverfahren in Gemäßheit der Strafprozeßordnung" so wenig vorhanden, als wenn ein Inquisitionsprozeß oder ein Akt der Kabinettsjustiz vorläge.

Einen Übergang zu den Abstimmungsverstößen in offener Sitzung bildet der in Sg. Nr. 491 mitgeteilte Fall. Es war den Geschwornen eine Zusatzfrage auf gerechte Notwehr gestellt worden; laut der Eintragung im Fragebogen wurde diese Frage mit elf Stimmen verneint; der Obmann aber verkündete, die Frage sei mit elf Stimmen bejaht; und auf Grund der mündlichen Verkündigung, deren Unrichtigkeit offenbar nicht sogleich auffiel, wurde der Angeklagte freigesprochen. Der Staatsanwalt erfand zur Begründung der ordentlichen Nichtigkeitsbeschwerde den Nichtigkeitsgrund des § 344, Z. 4 und § 330 St. P. O., der als in den Tatsachen nicht begründet sofort verworfen wurde; da dieser Vorgang eben keinen der gesetzlich aufgezählten Nichtigkeitsgründe bildet, so hat ihn der Kassations-

[77]) Vgl. den folgenden Fall Slg. 491 und den Nachtrag in Anm. 160.

hof gewaltsam unter § 344, Z. 10, lit. *b* gepreßt — eine Praxis, die ich sogleich beleuchten werde; da ferner dieser Nichtigkeitsgrund von der Staatsanwaltschaft nicht kunstgerecht geltend gemacht war, hat der Kassationshof überdies den groben Fehler begangen, ihn gemäß § 290 St. P. O. von Amts wegen wahrzunehmen, obwohl dies nur dann zulässig ist, wenn „zum Nachteile des Angeklagten das Strafgesetz unrichtig angewendet worden" ist, was doch gelegentlich eines Freispruches niemand behaupten wird. Dennoch war die Aufhebuug des Urteiles sachlich gerechtfertigt; denn allen diesen Verirrungen lag diesmal das richtige Gefühl zugrunde, daß ein solches Urteil unter keinen Umständen aufrecht erhalten werden könne; es leidet eben an unheilbarer Nichtigkeit.

Das Gesetz hat sämtliche Vorschriften über die innere Einrichtung der an die Geschwornen zu stellenden Fragen unter Nichtigkeitssanktion gestellt[78]); dagegen steht der § 329, welcher das zur Bejahung der verschiedenartigen Fragen erforderliche Stimmenverhältnis behandelt, unter keiner Nichtigkeitssanktion; ebensowenig ist als Nichtigkeit der Fall angeführt, daß der Gerichtshof einen Punkt ohne die Grundlage eines Verdiktes entscheidet, den er so nicht entscheiden darf.[79]) Die beiden zuletzt charakterisierten Verstöße kommen aber in der Praxis häufig vor, eine Abhilfe mußte geschaffen werden, und da die Lehre von der unheilbaren Nichtigkeit nicht entwickelt war, so brachte man diese Fälle gewaltsam unter die absolut nicht zutreffenden Nichtigkeitsgründe des § 344, Z. 10 und 11.[80])

---

[78]) Vgl. § 344, Z. 6 und dazu auch Z. 7 u. 9.

[79]) Z. B. er kombiniert aus einer Bejahung der Hauptfrage auf Totschlag und der Zusatzfrage auf Volltrunkenheit eine Verurteilung wegen § 523 St. G., ohne eine Frage in dieser Richtung gestellt zu haben. Vgl. § 317 St. P. O.

[80]) I. Unrichtige Beurteilung des Abstimmungsresultates: Die Entsch. v. 17. Okt. 1884, Z. 8959, mitgeteilt in dem Plenarbeschluß v. 28. Jän. 1885, Judikatenbuch Nr. 35, Nowaksche Slg., Bd. VII, S. 4 f, wendet § 344, Z. 10, lit. *a* an; Slg. 1029 ebenso die lit. *b*; Slg. 731 kassiert — ohne Angabe der angewendeten Gesetzesstelle! Verwandt ist Slg. 55: Beachtung eines nicht zu beachtenden Zusatzes zum Verdikt; angewendet wurde § 344, Z. 10, lit. *b*. II. Urteil ohne erforderliches Verdikt: Slg. 51 und 723 wenden § 344, Z. 11 an; vgl. dazu die unten, Anm. 84, mitgeteilte Entscheidung Slg. 2902; Slg. 798 kassiert — ohne Angabe der angewendeten Gesetzesstelle. — Anders liegt der Fall, wenn die Hauptfrage gegen die Vorschrift des § 318

Daß diese Stellen auf unsere Fälle nicht passen, ist leicht zu zeigen. Nach ihnen bildet es einen Nichtigkeitsgrund:

„10. Wenn durch die Entscheidung des Gerichtshofes über die Frage,

a) ob die dem Angeklagten zur Last fallende Tat eine zur Zuständigkeit der Gerichte gehörige strafbare Handlung begründe;

b) ob Umstände vorhanden seien, vermöge welcher die Strafbarkeit der Tat aufgehoben [oder die Verfolgung wegen derselben ausgeschlossen ist]; endlich

c) [ob die nach dem Gesetze erforderliche Anklage fehle,] ein Gesetz verletzt oder unrichtig angewendet wurde.

11. Wenn die der Entscheidung zugrunde gelegte Tat durch unrichtige Gesetzauslegung einem Strafgesetze unterzogen wurde, welches darauf keine Anwendung findet."

Vor allem sind die eingeklammerten Stellen auszuscheiden. Der zweite Satz der Z. 10, lit. *b* bezieht sich auf prozessuale Hindernisse der Verfolgung, die lit. *c* aber auf die Frage, ob ein Offizialdelikt oder ein Privatanklagedelikt vorliege.[81]) Über beide Fragen entscheidet der Gerichtshof gemäß § 317 St. P. O. ohne Befragung der Geschwornen, es können also die genannten Verstöße bei denselben gar nicht vorkommen. Was die übrigbleibenden Stellen betrifft, so ist es nicht leicht zu verkennen, daß sie von der Subsumtion der Tat unter das Strafgesetz und von nichts anderem sprechen wollen[82]), welche ja zu den Aufgaben des Gerichtshofes zählt (§ 337 St. P. O.); da es aber einmal verkannt worden ist, führe ich außer dem klaren Wortlaute des Gesetzes folgendes an:

Die zitierten Stellen sind nach Form und Inhalt identisch mit dem für das erkenntnisgerichtliche Verfahren geltenden

---

St. P. O. unvollständig ist; dies bildet den Nichtigkeitsgrund des § 344, Z. 6; richtig der Kassationshof in Slg. 19, irrig die Generalprokurator daselbst (für § 344, Z. 10 lit. *a*).

[81]) S. o. Anm. 70.

[82]) Die Z. 10 spricht vorsichtig von Verletzung eines „Gesetzes", weil der Subsumtionsirrtum auch auf unrichtiger Entscheidung einer zivilrechtlichen, verwaltungsrechtlichen u. dgl. Vorfrage beruhen kann; A war Eigentümer der entwendeten Sache, konnte also keinen Diebstahl begehen; B war nicht Beamter, daher kein Mißbrauch der Amtsgewalt.

§ 281, Z. 9 und 10; das Gesetz selbst faßt diese Stellen im § 290 mit den Worten zusammen: „daß ... das Strafgesetz unrichtig angewendet worden sei (§ 281, Z. 9—11)".[83]) Wie ich in dieser Studie mehrfach erwähnen muß, besteht auch eine inhaltliche Identität des § 344, Z. 10 mit den Einstellungsgründen des § 213, Z. 1, 3 und 4 und den korrespondierenden Freisprechungsgründen des § 259, Z. 1 und 3. Das alles ist selbstverständlich, da eben die Anwendung des materiellen Strafrechtes eine Einstellung des Verfahrens, einen Freispruch und bei Rechtsirrtum eine Nichtigkeit begründen kann. Niemandem ist es noch eingefallen, unter die entsprechenden Worte der §§ 213, 259 und 281 einen error in procedendo (wie es der Abstimmungsfehler ist) zu bringen, es ist dies auch schlechthin unmöglich. Dann können aber dieselben Worte im § 344 nicht einen anderen Sinn haben.

Wir gewinnen also das Resultat: Urteile, die auf Grund einer gesetzwidrig gewerteten Abstimmung ergehen, Urteile ohne vorhergehende Abstimmung, Urteile des Schwurgerichtes, die gegen das Gesetz nicht auf dem Verdikt der Geschwornen beruhen, bilden keinen der heilbaren Nichtigkeitsgründe der §§ 281 und 344 St. P. O. Aber sie verfälschen das ganze Verfahren derart, daß es nicht mehr „ein Strafverfahren in Gemäßheit der Strafprozeßordnung ist".

Ein solcher Fall irriger Verwertung der Abstimmung kam im Jahre 1881 in Cilli vor und hatte eine weitere unheilbare Nichtigkeit zur Folge (vgl. Sg. 334). Eine Zusatzfrage auf Notwehr hatten die Geschwornen mit sechs ja, sechs nein beantwortet; das wurde auf Grund eines groben Fehlers der Rechtsbelehrung von dem Obmanne der Geschwornen und von allen anwesenden Juristen als Verneinung angesehen und der Angeklagte wurde verurteilt.

[83]) Schon v. Würth in seinem Kommentar zur St. P. O. v. 1850, S. 631 bezeichnet die genau entsprechenden Stellen des § 352, lit. *g—k*, die auch für das Schwurgericht gelten, als „Nichtigkeitsgründe, welche auf Verletzung oder unrichtiger Anwendung des materiellen Strafgesetzes beruhen". Bei der Beratung der geltenden St. P. O. finden wir von vornherein als Grundlage die Teilung von „Förmlichkeiten" und Verletzung „des Gesetzes"; vgl. Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 54. Bei den „Umständen, welche die Verfolgung wegen der Tat ausschließen", dachte man in erster Reihe an die res judicata, die damals vielfach als Institut des materiellen Rechtes angesehen wurde.

Nach kurzer Zeit merkte der Vorsitzende den Verstoß; zufällig kamen am selben Nachmittag derselbe Staatsanwalt, derselbe Verteidiger und dieselben Geschwornen zur Verhandlung einer anderen Sache vor demselben Gerichtshof zusammen. Die Juristen steckten die Köpfe zusammen und vereinbarten folgendes: Der Wahrspruch wird zur Verbesserung an die Geschwornen zurückgeleitet und nach dem Ergebnisse ihrer neuerlichen Beratung und Abstimmung das Urteil „richtiggestellt"; Staatsanwalt und Verteidiger verzichten im vorhinein auf Rechtsmittel gegen das „berichtigte" Urteil.

Da die „Richtigstellung" des Urteils nur als ein Spiel mit Worten bezeichnet werden kann, so bedeutet dieser Beschluß einfach: Alles das, was dem Verdikt nachfolgte, wird als „nicht geschehen", als „nichtig" im ursprünglichen Sinne des Wortes betrachtet. Das Gericht und die Parteien hatten also das ganz richtige Gefühl, daß eine unheilbare Nichtigkeit vorliege, aber sie fanden nicht die richtige Form für ihre Bestrebungen. Nun kam die Reihe, sich auszuzeichnen, an die Geschwornen; sie beantworteten dieselbe Zusatzfrage, die sie Vormittags mit Stimmengleichheit bejaht hatten, nunmehr mit 10 nein und 2 ja, so daß der Angeklagte verurteilt blieb. Das ließ sich begreiflicherweise der Verteidiger nicht gefallen, er betrachtete mit Recht den im vorhinein ausgesprochenen Verzicht nicht als bindend und legte die Nichtigkeitsbeschwerde ein (gemäß § 344, Z. 8 und 9)[84]; natürlich mit Erfolg. Ungemein treffend äußert sich der Kassationshof über jenes Verfahren, welches das Gericht der ersten Urteilsfällung nachfolgen ließ; dieses charakterisiere sich nicht als ein im Rahmen der Strafprozeßordnung liegendes Verfahren; die Ge-

[84]) Zufälligerweise war hier der ersten Abstimmung eine unrichtige Rechtsbelehrung vorangegangen (§ 344, Z. 8); dagegen war das Verdikt m. E. keineswegs „undeutlich, unvollständig oder in sich widersprechend" (§ 344, Z. 9). Die Erledigung dieser Frage durch den Kassationshof ist nicht mitgeteilt. — Ein ähnlicher Fall ist in Slg. 2902 angeführt; auch hier hatte der Vorsitzende die gleiche irrige Rechtsbelehrung erteilt und es wurde das Verdikt der Geschwornen falsch gewertet. Aus den Gründen des oberstgerichtlichen Urteils ergibt sich, daß das Urteil des Schwurgerichts in Kraft gelassen worden wäre, wenn nicht die Staatsanwaltschaft rechtzeitig zugunsten des Angeklagten die Nichtigkeitsbeschwerde eingelegt hätte; dieselbe wurde gemäß § 344, Z. 8 und 11 begründet gefunden.

schwornen seien mit dem Zeitpunkte ihrer vormittägigen Entlassung des Charakters von Geschwornen für diese Strafsache entkleidet gewesen; es hätte sich mithin nachmittags der neuerlichen Beratung und Abstimmung in Wahrheit nicht mehr eine Geschwornenbank, sondern ein Kollegium unberechtigter Privatpersonen unterzogen; ihrem wesentlichen Inhalte nach gehörten die Bestimmungen der Strafprozeßordnung dem öffentlichen Rechte an; es sei daher nicht statthaft, daß die Parteien irgend ein beliebiges anderes, zwischen ihnen vereinbartes Verfahren an Stelle dieser Bestimmungen treten lassen. Das sind vortreffliche Argumente aus § 1 St. P. O., den der Kassationshof leider nicht zitiert. Sie können aber keineswegs als Ausführung irgend eines speziellen Nichtigkeitsgrundes des § 344 St. P. O. passieren.

In diesem Zusammenhang wären noch folgende Fälle zu erwähnen. Wenn das Strafgericht die Vorfrage der Gültigkeit einer Ehe gegen das Verbot des § 5 St. P. O. selbständig löst, so würde das keinen der aufgezählten heilbaren Nichtigkeitsgründe bilden[85]; ebensowenig, wenn das Strafgericht gegen die Vorschrift des § 371 im Urteilstenor eine Ehe für ungültig erklärt; oder wenn es gegen die klare Absicht des Gesetzes dem Privatbeteiligten einen Anspruch aberkennt, statt ihn auf den Zivilrechtsweg zu verweisen[86]; da ist der Privatbeteiligte durch § 283, al. 2 von dem ordentlichen Rechtsmittel geradezu ausgeschlossen. Dennoch können diese Aussprüche nicht in Rechtskraft erwachsen, weil sie die Vollmacht des Gerichtes überschreiten. Unsere Fälle bilden den Übergang zu dem folgenden Abschnitte.

V. Fortsetzung: insbesondere die Unzuständigkeit des Gerichtes.

Mit der Kompetenzfrage berühren wir bereits die Grenzen des Staatsrechtes. Kann ein Organ des Staates, welches nicht die Vollmacht hat, ein bestimmtes Geschäft des Staates zu erledigen, es dennoch mit der Wirkung erledigen, daß dadurch dem tatsächlich beauftragten Organe vorgegriffen

[85]) Auch nicht den des § 281, Z. 9 (bzw. § 344, Z. 10): s. o. S. 33 f.
[86]) Vgl. St. P. O., §§ 366, 368, 369, 372.

wird? Mit anderen Worten: Kann es die Sache rechtskräftig erledigen? [87])

So wie die Frage gestellt ist, kann sie nur verneint werden. Nie kann ein Privatmann, nie kann der Staat gebunden werden durch Handlungen eines falsus procurator. Aber die Frage geht dahin, wie weit eben die Vollmacht der Behörde reicht, wie weit sie zwar bevollmächtigt (befähigt), aber nicht beauftragt ist, eine Sache zu entscheiden. [88]) Wir werden sogleich sehen, daß jene Paragraphen, welche die Kompetenznormen aufstellen, bald die Fähigkeit des Gerichtes normieren, bald nur „eine Grenze der Ausübung" dieser Fähigkeit ziehen. Die örtliche, die sachliche und die funktionelle Zuständigkeit[89]) des Gerichtes sind gesondert zu untersuchen.

A. Die örtliche Zuständigkeit. Sie wäre lediglich Sache der Geschäftsverteilung, wenn nicht gerade in Strafsachen die Gefahr bestände, daß eine z. B. politisch gefärbte Sache vor ein Forum gebracht werde, dessen bekannte Tendenzen dem Ankläger günstiger sind. Daher bezieht sich der Satz „Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden" [90]) auch auf die örtliche Zuständigkeit.

Das örtlich unzuständige Gericht ist trotzdem nach geltendem Rechte voll befähigt, die Rechtssache zu entscheiden; wenn sich der Angeklagte nicht kunstgerecht gegen dasselbe wehrt, dann wird es zuständig; die Zuständigkeit kann auch aus Zweckmäßigkeitsgründen verschoben werden (Delegation); örtliche Unzuständigkeit des urteilenden Gerichtes begründet lediglich eine heilbare Nichtigkeit. [91])

B. Die sachliche Zuständigkeit. Wir haben drei Arten von Strafgerichten erster Instanz; die Bezirksgerichte als Gerichte niedrigster Ordnung, die Erkenntnisgerichte als Gerichte mittlerer Ordnung und die Schwurgerichte als Gerichte höchster Ordnung. Im Sinne des Gesetzes bieten

---

[87]) Vgl. Binding, Grundriß, § 119, III.

[88]) Vgl. Wach, Handb. d. deutsch. Zivilproz., S. 360 ff.

[89]) Ich schließe mich in der Terminologie völlig an Wach an (a. a. O. S. 347 ff.).

[90]) S. o. S. 10.

[91]) Vgl. §§ 219, 62 f., 468, Z. 1 St. P. O. und § 8 der Novelle v. 31. Dez. 1877; weitere Argumente ergeben sich aus § 54 ff. St. P. O.

die Gerichte höherer Ordnung stärkere Garantien einer guten Rechtsprechung; daß diese nicht auch dem kleinsten Fall zugute kommen, ist lediglich die Folge der gebotenen Sparsamkeit; in der Kompetenzgrenze nach unten liegt nur „eine Regel der Geschäftsverteilung von sachlich untergeordneter Natur. Das Gesetz kann keine Beschwernis der Partei darin finden, daß das seiner Struktur nach bestversorgte erstinstanzliche Gericht gesprochen hat.“ [92]) Daher kann nach Rechtskraft der Anklage das Gericht seine Kompetenz nicht zugunsten eines Gerichtes minderer Ordnung ablehnen, es muß also z. B. das Schwurgericht über eine Übertretung urteilen [93]); im Falle der Konnexität mehrerer Delikte wirkt dasjenige, welches vor das Gericht höherer Ordnung kommt, attrahierend auf die anderen, so daß auch in diesem Falle z. B. das Schwurgericht über Vergehen und Übertretungen zu urteilen hat; und wenn im Sitzungssaal eines Erkenntnisgerichtes eine Übertretung begangen wird, so kann das versammelte Gericht den Täter sogleich aburteilen. [94])

Ganz anders liegt die Sache, wenn einer Partei jene stärkere Garantie einer guten Rechtsprechung entzogen werden soll, auf welche sie Anspruch hat. Die Gerichte sind verpflichtet, Sachen, welche vor ein Gericht höherer Ordnung gehören, an dasselbe abzutreten. [95]) Welches ist nun die Folge einer Verletzung dieser Vorschrift? Ich bemerke sogleich, daß eine solche Verletzung beruhen kann 1. auf einer falschen Beurteilung des Deliktes: das Bezirksgericht hält eine Tat irrig für eine Übertretung und daher sich für kompetent; 2. auf einer falschen Anwendung der Kompetenznorm selbst.

Die eingehendste Behandlung findet in unserer St. P. O. die sachliche Kompetenz der Bezirksgerichte.

Wenn das urteilende Bezirksgericht örtlich oder sachlich nicht zuständig war [96]), so kann dies im Wege der ordentlichen

---

[92]) Vgl. Wach, a. a. O., S. 363; dazu die österr. Jurisdiktionsnorm, § 45.

[93]) Vgl. §§ 219, 262, 338, al. 1 St. P. O.

[94]) Vgl. § 56, al. 2, § 58 und § 278 St. P. O.

[95]) Vgl. §§ 261, 278, 450 St. P. O.

[96]) Die Entscheidung Slg. 18 meint gelegentlich, daß § 468, Z. 1 nur die örtliche Zuständigkeit betreffe; dies ergebe sich aus § 475, Z. 1 St. P. O., „nach welchem, wenn das Urteil des Bezirksgerichtes wegen Unzuständigkeit des-

Berufung als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden (§ 486, Z. 1). Eine besondere Vorschrift gilt außerdem, wenn das Bezirksgericht „über eine Tat geurteilt hat, welche ein Verbrechen oder Vergehen begründet“, also wenn es sachlich nicht zuständig war.

Gelangt ein solches Urteil vor die Berufungsinstanz, „so ist auf Antrag des Staatsanwaltes das Urteil des Bezirksgerichtes aufzuheben und die Einleitung des gesetzlichen Verfahrens zu veranlassen“ [97]) — also nicht von Amts wegen! [98]) Wenn ein solches Urteil des sachlich unzuständigen Bezirksgerichtes innerhalb der Rechtsmittelfrist nicht angefochten wird,

---

selben aufgehoben wird, der Gerichtshof die Sache zur neuerlichen Verhandlung an ein anderes Bezirksgericht seines Sprengels zu verweisen hat, was offenbar nicht geschehen kann, wenn das Bezirksgericht über ein Verbrechen oder Vergehen geurteilt hat“ (anschließend Rulf, Kommentar, 2. Aufl., S. 445 und Mayer, Kommentar, Bd. III, S. 677). Dagegen ist zu erwägen, daß § 468, Z. 1 im bezirksgerichtlichen Verfahren die Stelle des Einspruches vertritt, mit dem örtliche und sachliche Unzuständigkeit vorgebracht werden kann. (Vgl. Ullmann, Lehrb., 2. Aufl., S. 239, 802.) Es ist daher nicht § 486, Z. 1, sondern der minder gewichtige § 475, al. 1 restriktiv zu interpretieren. Letztere Stelle faßt so zahlreiche Nichtigkeitsgründe zusammen, daß ein Übersehen sehr leicht erklärlich ist. — In entgegengesetzter Richtung geht der Kassationshof zu weit bei der Interpretation des § 219 St. P. O., s. u. nach Anm. 105.

[97]) § 475, al. 2. Das Gesetz setzt hier lediglich voraus, daß das Bezirksgericht „über eine Tat geurteilt hat, welche ein Verbrechen oder Vergehen begründet“, nicht aber, daß „unrichtige Anwendung des Gesetzes“ daran schuld sei (wie im Falle des § 363, Z. 4). Es kann also sowohl ein Rechtsirrtum der ersten Instanz als auch eine irrige oder voreilige tatsächliche Annahme vorliegen; z. B. die Verurteilung erfolgt wegen Übertretung des § 335 St. G. und nachträglich stirbt der Verletzte; vgl. Slg. 883.

[98]) So entscheidet der Kassationshof im Anschlusse an den Wortlaut des Gesetzes eine alte Kontroverse; er läßt auch den Antrag des Angeklagten nicht genügen; vgl. Slg. 829, 2210, 2807 und die in der Manzschen Ausg. der St. P. O. zu § 475 zitierte Plen.-E. v. 14. Juli 1896, Z. 7936. In dem Falle Slg. 2807 handelte es sich darum, ob eine Übertretung oder ein zur Kompetenz der Schwurgerichte gehöriges Vergehen vorliege; der Berufungssenat hatte das letztere angenommen. Der Kassationshof meint: „Wohl wäre er (der Berufungssenat) in der Lage gewesen, seine Rechtsansicht . . . . in der Urteilsbegründung auszusprechen, allein er hätte zu dem Ergebnisse kommen müssen, Angeklagter sei, wenn er bloß einer Übertretung schuldig gesprochen wurde, materiell nicht beeinträchtigt worden. Bei Abgang einer Beeinträchtigung aber fehlt es an der Grundlage jedes Rechtsmittels und schon deshalb war die Berufung des Angeklagten als ungegründet zurückzuweisen.“

dann sind zwei Fälle zu unterscheiden: 1. Das Bezirksgericht hat über eine Tat geurteilt, die ein Vergehen begründet; dieses Urteil ist in unanfechtbare Rechtskraft erwachsen[99]); 2. „wenn eine Tat, welche ein Verbrechen begründet, von einem Bezirksgerichte durch unrichtige Anwendung des Gesetzes[100]) als ihm zur Aburteilung zukommend behandelt wurde“, dann kann gemäß § 363, Z. 4 das zuständige Gericht binnen sechs, beziehungsweise 12 Monaten, je nachdem die Sache vor das Erkenntnisgericht oder das Schwurgericht gehört, „unabhängig von den Bedingungen und Förmlichkeiten der Wiederaufnahme“ das Strafverfahren einleiten.[101]) Das heißt also: innerhalb der angegebenen Fristen ist das Urteil des Bezirksgerichtes nichtig im ursprünglichen Sinne des Wortes, es wird als nicht bestehend angesehen, es macht nicht res judicata und es bedarf gar keines besonderen Verfahrens zur Feststellung dieser Nichtigkeit; die Motive[102]) sagen sehr bezeichnend: „das Urteil ist wegen absoluter Inkompetenz des Gerichtes an sich (ipso jure) nichtig und kann der Einleitung des allein gesetzmäßigen Verfahrens so wenig im Wege stehen, als etwa eine aus Anlaß eines Deliktes eingetretene Administrativmaßregel“. Nach den kurzen Fristen von 6 oder 12 Monaten aber erwächst das Urteil in unanfechtbare Rechtskraft; auch die Wiederaufnahme des Verfahrens findet nicht statt, da diese sich niemals auf einen Rechtsirrtum stützen kann. Es gibt also zweifellos Fälle, in denen gegen den Wortlaut des § 1 St. P. O. eine Bestrafung wegen Verbrechens oder Vergehens anders als infolge eines von dem sachlich zuständigen Richter gefällten Urteiles erfolgen kann!

Dies wird noch verschärft, wenn wir bedenken, daß die zeitlich begrenzte Nichtigkeit des § 363, Z. 4 nur dann eintreten soll, wenn der Fehler ausschließlich vom Bezirksgerichte be-

[99]) Gleichgültig, ob Tat- oder Rechtsirrtum des Bezirksgerichtes zugrunde liegt; vgl. § 356, Z. 3, § 363, Z. 4.

[100]) Bei Tatirrtum ist Wiederaufnahme gemäß § 356, Z. 3 möglich.

[101]) Selbstverständlich nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Es ist gleichgültig, ob das Bezirksgericht verurteilt oder freigesprochen hat. — Über die Bedeutung der Strafverbüßung auf Grund eines solchen nichtigen Urteils (Einrechnung!) vgl. unten, S. 57.

[102]) Amtliche Ausgabe, S. 85; Kaserer, II, S. 116.

gangen wurde; ist der Mißgriff von dem Berufungssenate unter Mitwirkung der Staatsanwaltschaft bestätigt worden, dann ist das Urteil vollkommen rechtskräftig; denn nur die minder qualifizierte Vertretung der Staatsanwaltschaft bei den Bezirksgerichten war der gesetzgeberische Beweggrund zur Einführung dieser „immerhin harten Prozedur“.[103]) Nun aber ist der Berufungssenat zweifellos nicht weniger absolut inkompetent zur Entscheidung über Verbrechen als das Bezirksgericht.

Welcher Art ist die in § 363, Z. 4 vorausgesetzte „unrichtige Anwendung des Gesetzes“? Sollte ein Zweifel möglich sein, so lösen ihn die Motive: es handelt sich um eine besondere Vorkehrung für den Fall, „wo ein Bezirksgericht ein Verbrechen . . . . als Übertretung behandelt hat“[104]); wo also das materielle Strafgesetz unrichtig angewendet worden ist; z. B. das Bezirksgericht hat bei einer schweren körperlichen Beschädigung nur fahrlässige Begehung angenommen und daher wegen der Übertretung des § 335 St. G. verurteilt, während in Wahrheit indirekter böser Vorsatz und damit das Verbrechen nach § 152 St. G. gegeben war. Nicht gemeint ist aber eine unrichtige Anwendung der Kompetenznormen. Wenn also der Fall sich wiederholen sollte, der nach verbürgten Erzählungen vor einem Menschenalter bei einem schlesischen Bezirksgerichte vorkam, daß nämlich der Bezirksrichter einen geständigen Angeklagten wegen Mordes zum Tode verurteilte, so würde darauf der § 363, Z. 4 nicht anwendbar sein; es tritt vielmehr der § 1 der St. P. O. in Kraft; das Urteil ist unheilbar nichtig und keine geeignete Grundlage des Strafvollzuges.

Nun erst haben wir die zuverlässige Basis für die Beurteilung des Verfahrens vor den Erkenntnisgerichten gewonnen. Setzen wir den Fall, ein Erkenntnisgericht hätte rechtsirrtümlich eine Tat als Erpressung nach § 98 St. G. aufgefaßt und sich daher als zuständig betrachtet, während in Wahrheit das zur Zuständigkeit der Geschwornengerichte gehörige Verbrechen der Nötigung einer öffentlichen Behörde nach § 76 St. G. vorliegt.

---

[103]) S. Motive a. a. O. und Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 926 f.

[104]) In den Motiven ist irrtümlich stehen geblieben: „Verbrechen oder Vergehen“, was der ursprünglichen, durch den Ausschuß v. 1869 beseitigten Fassung entsprach; vgl. den Ausschußbericht bei Mayer a. a. O., S. 928.

Ist dieser Punkt nicht kunstgerecht durch die ordentliche Nichtigkeitsbeschwerde gerügt worden, so kann der Kassationshof den unterlaufenen Mißgriff weder gemäß § 290 St. P. O. von Amts wegen verbessern, noch auch auf Antrag der Staatsanwaltschaft, da für das Verfahren vor dem Kassationshof eine dem § 475, al. 2 St. P. O. entsprechende Bestimmung fehlt. Ebensowenig aber gibt es für diesen Fall eine zeitlich beschränkte unheilbare Nichtigkeit im Sinne des § 363, Z. 4; und eine zeitlich unbeschränkte unheilbare Nichtigkeit können wir schon gar nicht annehmen, weil wir doch dem Urteile eines Kollegialgerichtes, welches in die schwurgerichtliche Kompetenz eingreift, nicht eine geringere Kraft beimessen können als dem gleichartigen Urteile des Einzelrichters; das würde auch gegen die in den Motiven klar ausgesprochene Absicht des Gesetzgebers verstoßen. Das Urteil des sachlich unzuständigen Erkenntnisgerichtes wird also unanfechtbar, wenn die kunstgerechte Rüge und Geltendmachung im Wege der ordentlichen Nichtigkeitsbeschwerde unterlassen worden ist.

Hier wirft sich uns incidenter eine Frage auf, die wir nicht leicht umgehen können; es steht nämlich durchaus nicht außer Zweifel, ob in dem gegebenen Falle auch nur im Wege der ordentlichen Nichtigkeitsbeschwerde Abhilfe geschaffen werden kann. Mehrere oberstgerichtliche Entscheidungen besagen das Gegenteil[105]); sie sind nicht veröffentlicht, doch scheint ein Auszug ihres wesentlichen Inhaltes in Slg. Nr. 1892 vorzuliegen: „Allein auch aus dem Gesichtspunkte der Ziffer 4 des § 281 St. P. O. erweist sich die Beschwerde unhaltbar. Nach Rechtskraft der Anklageschrift die Zuständigkeit des in derselben bezeichneten Gerichtes zu bestreiten, wird Angeklagten im § 219 St. P. O. untersagt; auch von einem irrtümlich in die Verhandlung eintretenden Erkenntnisgerichte können sie rechtswirksam den im § 261 St. P. O. vorgesehenen Ausspruch nicht verlangen. Das Erkenntnisgericht selbst darf, wie die Regierungsmotive zu § 219 St. P. O. betonen, außer dem Falle des § 261 St. P. O. seine Kompetenz nicht mehr in Frage stellen.

---

[105]) Vgl. die Manzsche Ausgabe der St. P. O. (v. 1901) zu § 261, Note 9, zu § 1 der Nov. v. 1877 (S. 375), Note 8.

Ein die Zuständigkeit betreffendes Rechtsmittel ist denn auch in Ziffer 6 des § 281 St. P. O. den Prozeßparteien nur unter der hier nicht zutreffenden Voraussetzung gewährt, daß der Erkenntnisgerichtshof mit Unrecht seine Zuständigkeit zugunsten des Schwurgerichtes verneint.“ Hiergegen ist folgendes einzuwenden:

Allerdings besagt der § 219 St. P. O., daß nach Rechtskraft der Anklage die Zuständigkeit des einmal zur Hauptverhandlung berufenen Gerichtes nicht mehr angefochten werden kann, und man muß ohneweiters anerkennen, daß da auch von sachlicher Zuständigkeit die Rede ist. Es darf also das Erkenntnisgericht den Fall nicht an das Bezirksgericht weisen, weil nur eine Übertretung vorliegt[106]; es darf das Schwurgericht den Fall nicht an das Erkenntnisgericht verweisen, und zwar weder auf Antrag noch von Amts wegen.[107]

Nun haben wir aber den § 261 St. P. O., den die Motive ausdrücklich als eine Ausnahme von der Regel des § 219 bezeichnen: „Erachtet der Erkenntnisgerichtshof, daß die Tatsachen, welche der Anklage zugrunde liegen, ... ein zur Zuständigkeit des Geschwornengerichtes gehöriges Verbrechen oder Vergehen begründen, so spricht er seine Nichtzuständigkeit aus.“ Dieser Ausspruch steht nicht im Belieben des Gerichtes, sondern er muß erfolgen; trotzdem meint der Kassationshof, daß die Parteien einen Antrag auf Anwendung des § 261 nicht stellen können; aber diese Ansicht ist ganz haltlos. Sowie durch den § 219, soweit er gilt, das Gericht und die Parteien gleichmäßig gebunden sind, so sind im Falle des § 261 Gericht und Parteien von dieser Regel gleichmäßig entbunden. Der Fall, daß das Gericht eine prozessuale Pflicht hat, die Parteien aber einen entsprechenden Antrag nicht stellen dürfen, ist eine prozessuale Abnormität, die äußerst selten — contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem — vorkommt[108],

---

[106]) Vgl. o. S. 38.

[107]) Das Gericht „kann seine Zuständigkeit weder selbst in Frage stellen, noch darf sie von anderen mehr angefochten werden“. Motive S. 44.

[108]) Solche Fälle sind: 1. Es darf kein Parteiantrag auf Suspension des verurteilenden Verdiktes gestellt werden, § 332 St. P. O; 2. ebensowenig auf außerordentliche Revision gemäß § 362 St. P. O.; 3. auch die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gehört in diesen Zusammenhang. Die utilitas

die wir aber nicht ohne ausdrückliche Anordnung des Gesetzes voraussetzen dürfen. Es scheint mir also außer Zweifel, daß beide Parteien einen Antrag auf Abtretung der Sache an das Schwurgericht stellen dürfen.

Gibt der Gerichtshof diesem Antrage statt, dann muß er sich gemäß der richtigen Praxis durch Urteil für nicht zuständig erklären und gegen dieses Urteil steht dann die Nichtigkeitsbeschwerde offen (§ 281, Z. 6); verwirft der Gerichtshof den Antrag, dann kann dies nur in der Form eines Zwischenerkenntnisses erfolgen (§ 238); denn die Bejahung der Kompetenz des erkennenden Gerichtes ist gemäß § 260 und § 270 St. P. O. nicht Gegenstand des Urteiles. Ein rechtsirrtümliches Zwischenerkenntnis dieser Art aber ruft den Nichtigkeitsgrund des § 281, Z. 4 hervor: „Wenn während der Hauptverhandlung . . . . durch ein gegen seinen (des Beschwerdeführers) Antrag oder Widerspruch gefälltes Zwischenerkenntnis Gesetze oder Grundsätze des Verfahrens hintangesetzt oder unrichtig angewandt worden sind, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Strafverfolgung und die Verteidigung sichernden Verfahrens geboten ist."

Ob dieser Nichtigkeitsgrund wirklich zutrifft, daß könnte man, soweit ich sehe, nur aus zwei Gründen bezweifeln [109],

---

dieser Bestimmungen ist klar: Diese Rechtsmittel (im weitesten Sinne des Wortes) sollen ihres Charakters als außerordentlicher, für den normalen Prozeßbetrieb nicht in Rechnung gezogener Ereignisse nicht entkleidet werden. Die bösen Erfahrungen, welche man mit der a. h. Entschl. v. 1860 gemacht hatte (s. o. Anm. 39), sollten vermieden werden; vgl. Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 918, 923 u.

[109]) Die Materialien sind in dieser Frage direkt irreführend. Inkompetenz des erkennenden Gerichts war ausdrücklich als Nichtigkeitsgrund genannt in den Entwürfen Nr. I, § 307 + 4, lit. *d*, II, § 311, lit. *c*, IV, § 311, lit. *b*, VI, § 281, Z. 1 (Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 786, 793, 800, 808, 811 f.); dagegen nicht genannt in dem maßgebend gewordenen E., V, § 268, E., IX, § 277 und E., X, § 281 (Mayer, S. 804, 822). Der Ausschußbericht von 1869 spricht sich über die Gründe dieser Streichung folgendermaßen aus: „In dem § 277 a. E. ist der in dem § 279 R. V., Z. 1 festgestellte Nichtigkeitsgrund: „Wenn das Gericht nicht zuständig ist" hinweggelassen worden, weil, wenn der Beschuldigte rechtskräftig in den Anklagezustand versetzt ist, die Zuständigkeit desjenigen Gerichtes, welches nach der Anklageschrift oder nach dem über den Einspruch gegen dieselbe erflossenen Erkenntnisse zur Hauptverhandlung berufen ist, zufolge der Bestimmung des § 215 a. E. (= § 219 St. P. O.) nicht mehr angefochten

man könnte sich fragen, ob die Norm des § 261 St. P. O. zu den wesentlichen Grundlagen unseres Prozesses gehört; ferner — da es sich um einen „relativen" Nichtigkeitsgrund handelt, ob im konkreten Falle die Formverletzung einen dem Beschwerdeführer nachteiligen Einfluß auf die Entscheidung üben konnte (§ 281 a. E.) Beide Fragen hat der Richter nicht als Justizpascha zu beantworten, dessen Weisheit die des Gesetzes überstrahlt, sondern als gehorsamer Knecht des Gesetzes, der seinen Geist nur leuchten läßt, um den wahren Befehl, den echten Willen seines Gebieters zu erforschen. Mag der Richter über den Wert oder Unwert der Geschwornen wie immer denken: im Sinne unserer geltenden Gesetze ist die staatsgrundgesetzlich gewährleistete Einrichtung des Geschwornengerichtes die höchste Garantie einer zuverlässigen und unabhängigen Rechtsprechung; und wenn der Staat zum Schutze der bürgerlichen Freiheit ein Gesetz erläßt, wonach in

werden kann." (Mayer, S. 820.) Der Ausschuß übersieht da einfach den Fall des § 261 St. P. O.; dieses Versehen ist um so entschuldbarer, als der § 215 a. E. (§ 219 St. P. O.) damals in einem ganz anderen Kräfteverhältnisse zu dem Einspruchsverfahren stand als heute. Der im § 215 E. (= § 219 St. P. O.) bezogene § 212 (= § 216 St. P. O.) ließ nämlich damals noch gegen die über den Einspruch ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts die Nichtigkeitsbeschwerde an den Kassationshof zu: „3. Wenn der Gerichtshof durch seinen Ausspruch über die Zuständigkeit oder über einen der im § 209, Z. 1, 3 und 4 (= § 213, Z. 1, 3 und 4 St. P. O.) erwähnten Punkte das Gesetz verletzt oder unrichtig angewendet hat." (Mayer, S. 669, ebenso die Entwürfe V, VI, VII, das. S. 649 und 653.) Der Beschuldigte konnte also in der Frage der sachlichen Zuständigkeit noch vor der Hauptverhandlung das höchste Tribunal anrufen. Und es ist nicht unbegreiflich, daß man meinen konnte, es sei damit genug. Erst die Kommission des Herrenhauses hat die zitierte Z. 3 ganz gestrichen und — ohne jede Begründung — an Stelle des Nichtigkeitsgrundes „falsche Entscheidung über die Zuständigkeit" den Nichtigkeitsgrund: „Unzuständigkeit des Oberlandesgerichts" (die natürlich nur eine örtliche sein kann) gesetzt. Ob man sich dabei etwas dachte, weiß ich nicht; vielleicht liegt auch nur ein lapsus calami vor. (Mayer, S. 669 oder Kaserer, Materialien, II, S. 324.) Wollte man nunmehr dem § 219 St. P. O. jene Wirkung zuschreiben, wie sie der Ausschuß von 1869 meint, so hätten wir folgenden grotesken Rechtszustand: Die ganz bedeutungslose Frage, welches von zwei benachbarten, an der Grenze von zwei Oberlandesgerichtssprengeln liegenden Gerichten örtlich zuständig ist, könnte gemäß § 216 St. P. O., beziehungsweise jetzt gem. § 8 der Novelle v. 31. Dez. 1877, R. G. Bl. ex 1878, Nr. 3, zur Entscheidung vor den Kassationshof gebracht werden. Wenn aber ein Erkenntnissenat in die Zuständigkeit des Schwurgerichts eingreift, so könnte dies nicht vor den Kassationshof gebracht werden!!! — Ich meine, daß

Hinkunft in allen Strafsachen, in denen er selbst Partei ist, nicht seine Bediensteten, sondern völlig unabhängige Männer aus dem Volke die Richter sein sollen, dann schickt es sich nicht, daß ein beamteter Richter sage: „Dieser Satz gehört nicht zu den wesentlichen Grundlagen des Strafverfahrens“ oder: „Es ist unzweifelhaft erkennbar, daß die Formverletzung, kraft deren an Stelle der Geschwornen beamtete Richter gesetzt wurden, auf die Entscheidung keinen dem Angeklagten nachteiligen Einfluß üben konnte.“

Ein Gegenargument scheint sich aus § 281, Z. 6 zu ergeben; danach ist es ein Nichtigkeitsgrund, „wenn der Gerichtshof mit Unrecht seine Nichtzuständigkeit (§ 261) ausgesprochen hat“. Der Kassationshof entnimmt daraus argumento a contrario: „Es ist also kein Nichtigkeitsgrund, wenn der Gerichtshof mit Unrecht seine Zuständigkeit ausgesprochen hat.“

---

die Einschränkung der Möglichkeit, die oberlandesgerichtliche Entscheidung über den Einspruch anzufechten, uns verhindern muß, das Übersehen des Ausschusses von 1869 mitzumachen und die Ausnahme des § 261 zu ignorieren. Wenn ich eine Verletzung der Vorschrift des § 261 unter § 281, Z. 4 subsumiere, so gebe ich zu, daß die letztere Stelle gewiß nicht auf diesen Fall gemünzt war; aber sie ist überhaupt auf keinen bestimmten Fall gemünzt; sie will ein Gegengewicht gegen die Beengung durch die taxative Aufzählung der Nichtigkeitsgründe sein, eine clausula generalis, die es den Gerichten ermöglicht, auf gesetzlicher Basis dasselbe zu erreichen, was die französische Praxis ohne eine solche erreicht hat, nämlich die wesentlichen Sätze des Strafprozesses auch dann vor Verletzung zu schützen, wenn der Gesetzgeber es übersehen hat, sie ausdrücklich unter Nichtigkeitssanktion zu stellen. Die Motive, S. 80 (bei Kaserer, Materialien, II, S. 109, bei Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 830) lassen darüber keinen Zweifel und heben ausdrücklich hervor, daß die Bestimmung des § 281, Z. 4 „viel weiter geht als die entsprechende in der St. P. O. von 1850“. Der Wortlaut des § 281, Z. 4 deckt in seiner beabsichtigten Weite vollkommen zwanglos unseren Fall, er ist daher um so mehr anzuwenden, als der Effekt dieser Anwendung zweifellos den Absichten des Strafprozeßgesetzes entspricht.

Ein Bedenken könnte noch folgender Umstand erregen: Bei dem vorausgesetzten Verstoße hat das Gericht in erster Reihe sich über die materiellrechtliche Subsumtion der Tat geirrt und der prozessuale Verstoß ist erst eine Folge dieses Irrtums. Aber das ändert nichts an der Tatsache, daß der prozessuale Verstoß nun einmal vorliegt; die materiellrechtliche Frage ist eben präjudiziell für die Zuständigkeitsfrage. Genau derselbe Fall ergibt sich bei dem Einspruch gegen die Anklageschrift, wo die Frage der Zuständigkeit zweifellos durch einen Angriff gegen die Qualifikation der Tat aufgerollt werden kann; vgl. Motive, S. 42, bei Kaserer, S. 60.

Betrachten wir jedoch den Aufbau des § 281, so erkennen wir leicht, daß die Ziffern 1—4 errores in procedendo behandeln, während von Ziffer 5 ab die errores in judicando an die Reihe kommen. Als error in judicando kann aber nur der Ausspruch der Nichtzuständigkeit vorkommen, weil, wie wir gesehen haben, die Bejahung der Zuständigkeit durch Zwischenerkenntnis erfolgt. Wenn aber das Gesetz im § 281, Z. 6 nur von jenem Fall spricht, der dort systematisch allein in Frage kommt, so läßt das selbstverständlich keinen Schluß zu auf jenen Fall, der dort systematisch gar nicht in Frage kommt.[110])

Wenn aber der Nichtigkeitsgrund der sachlichen Inkompetenz des Erkenntnisgerichtes nicht kunstgerecht durch Zwischenantrag der Partei vorbereitet und geltend gemacht wird, dann ist die Nichtigkeit geheilt. Wie sehr dies mit dem Rechtsempfinden weiter Kreise in Widerspruch steht, hat ein Fall gezeigt, der in den letzten Monaten die Öffentlichkeit sehr beschäftigte.

Der schon einmal wegen Spionage bestrafte, in jeder Hinsicht äußerst gefährliche Paul Bartmann hatte einen Drohbrief an den Chef des Generalstabes geschrieben, eine Tat, welche die Wiener Staatsanwaltschaft nach § 98 St. G. anklagte. Die Verteidigung stellte in der Hauptverhandlung den Antrag, die Sache an das Schwurgericht abzutreten, da nur § 76 St. G. in Frage stehen könne. Dieser Antrag wurde mittelst eines Zwischenerkenntnisses abgelehnt und das Erkenntnisgericht verurteilte den Bartmann gemäß § 98 St. G. In der Nichtigkeitsbeschwerde hat der Verteidiger Herr Dr. Ludwig Gelber das fragliche Zwischenerkenntnis nicht kunstgerecht angefochten, ein Umstand, welcher der allgemeinen Beachtung entging. Er hielt dies — wie er mir freundlichst mitgeteilt hat — mit Rücksicht auf die soeben bekämpften Präjudizien für aussichtslos und hatte überdies taktische Gründe, seinem Angriff gegen das Urteil eine andere Richtung zu geben. Der Kassationshof fand nun tatsächlich, daß Bartmann gemäß § 76 St. G. zu verurteilen

[110]) Dem entspricht völlig die Entstehungsgeschichte des Gesetzes; der § 281, Z. 6 stand unverändert in den Entwürfen, während in Z. 1 unter den errores in procedendo noch ausdrücklich die Nichtzuständigkeit des Gerichtes angeführt war.

gewesen wäre; aber er war nicht in der Lage, den Kompetenzübergriff des ersten Gerichtes von Amts wegen wahrzunehmen. Das ganz korrekte Vorgehen des Kassationshofes erregte das größte Befremden und im Abgeordnetenhause brachten Herr Dr. Ellenbogen und Genossen eine Interpellation ein, in der sie nichts weniger als Entlassung des Staatsanwaltes und des Generalprokurators und eine Anklage gegen die schuldigen Hofräte des Kassationshofes wegen Mißbrauches der Amtsgewalt begehrten. Auch fachmännisch gebildete Köpfe wollten die Richtigkeit der oberstgerichtlichen Entscheidung nicht recht begreifen. Und doch hatte der Herr Justizminister vollkommen Recht, als er in der Interpellationsbeantwortung sagte, der Fehler liege am Gesetze, nicht am obersten Gerichtshofe.[111])

Wie weit geht nun dieser Fehler des Gesetzes?

Bisher haben wir nur von dem Falle gesprochen, daß das Erkenntnisgericht eine Tat irrig als eines jener Delikte betrachtet, die tatsächlich zu seiner Kompetenz gehören. Wie aber, wenn es die Kompetenznorm selbst unrichtig anwendet; angenommen z. B. es hätte das Erkenntnisgericht den Paul Bartmann einfach wegen des Verbrechens nach § 76 St. G. verurteilt. In diesem Falle zwingt uns nichts, die Regel des § 1 St. P. O. einzuschränken. Ein solches Urteil ist sowenig vollstreckbar, als das famose Erkenntnis jenes schlesischen Bezirksrichters.

Die Unterscheidung, die ich mache, mag auf den ersten Eindruck geklügelt aussehen; aber sie hat ihre sachliche Bedeutung.

---

[111]) Das Urteil des Kassationshofes (vgl. auch Slg. 1927) wurde gefällt am 26. Sept. 1903, z. Z. 8079. Am nächsten Tage brachten die Zeitungen ausführliche Berichte; es folgte am 28. Sept. die Interpellation der Abgeordneten Dr. Ellenbogen und Genossen, welche den Mangel an Sachkenntnis durch maßlose Heftigkeit zu verdecken sucht (stenogr. Protokolle, S. 22067 ff.). Die Interpellation wurde beantwortet am 9. Dez. 1903 (stenogr. Protokolle S. 23027 f.). Von fachmännischen Äußerungen sind lediglich als Pektoraljurisprudenz zu bezeichnen eine kurze Notiz von Dr. Ofner in der Neuen Freien Presse vom 1. Oktober und ein Artikel von Dr. —ch in den Juristischen Blättern, S. 519 f. Richtig ist die Auffassung des Autors (Dr. Ingwer) eines Artikels in der Zeitschrift Das Recht, S. 77, der aber offenbar nicht weiß, daß die Nichtigkeit des § 281, Z. 4 nicht geltend gemacht wurde. Unrichtig jedoch der auf der nächsten Seite stehende Glaubenssatz, daß ein nicht kompetentes Gericht unter keinen Umständen rechtsgültige Feststellungen vornehmen dürfe.

Vor allem hat sie die staatsrechtliche Begründung für sich. Die Gehorsamspflicht des dienstlich untergeordneten Organes war Gegenstand der sorgfältigsten Behandlung durch die Theoretiker des Staatsrechtes. Zwei entgegengesetzte Bedürfnisse waren da zu befriedigen. Einerseits soll das ausführende Organ ein zuverlässiges Instrument in der Hand des Vorgesetzten sein; damit verträgt es sich aber nicht, ihm irgend ein Recht der Kritik zuzugestehen. Andrerseits ist es bedenklich, das untergeordnete Organ zum willenlosen Werkzeuge des Befehlenden zu degradieren; denn der Wille des Befehlenden könnte sich auch gegen die Interessen des Staates richten, er könnte ein geradezu verbrecherischer sein, und der Staat kann nicht darauf verzichten, solche Verbrechen an dem berechtigten Widerstande der Untergebenen scheitern zu lassen. Das Korrelat dieses berechtigten Widerstandes ist aber das Recht des Untergebenen, die Befehle des Vorgesetzten selbst auf ihren materiellen Inhalt hin zu prüfen.

Es ist jetzt so ziemlich allgemeine Rechtsüberzeugung, daß der Befehl zu einem Verbrechen die Verantwortung des Ausführenden nicht ausschließt.[112]) Selbst das Militärrecht verzichtet lieber auf das stramme Funktionieren des Apparates, als auf die Kontrolle durch die Untergebenen nach dieser Richtung; sonst könnte ja am Ende ein verräterischer Kommandant ganze Armeen dem Feinde ausliefern.[113]) Noch weniger darf sich der Zivilbeamte zu einem Verbrechen mißbrauchen lassen. Dies vorausgesetzt, scheinen mir die richtige Vermittlung zwischen den beiderseitigen Standpunkten die Ausführungen Labands zu bilden, welche als führende bezeichnet

---

[112]) Die Nachweise s. bei van Calker, Die strafrechtl. Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen (1891) insbes. S. 39 ff.; vgl. für Österr. schon die C. C. Theresiana, Art. 11, § 8.

[113]) Vgl. Militärstrafg., § 8: „Der Befehl eines Vorgesetzten entschuldigt nicht von der Zurechnung eines Verbrechens oder Vergehens, wenn nicht das Gesetz davon ausdrücklich eine Ausnahme macht"; dazu Pkt. 66 Dienstreglem.: „Nur dann, wenn ein Befehl klar und offenbar gegen die beschworene Eidespflicht, die Wohlfahrt des Staates oder den Dienst gerichtet wäre, desgleichen, wenn er eine durch das Strafgesetz verbotene Handlung verlangen würde, hat der Untergebene, nachdem er alle Umstände wohl erwogen, den Gehorsam nicht zu leisten." — Vgl. Deutsches M. St. G., § 47, dazu van Calker, a. a. O. S. 55 f.

werden können.[114]) Die Gehorsamspflicht des Beamten ist keine unbedingte; er muß alle dienstlichen Anordnungen auf ihre Gesetzmäßigkeit hin prüfen, und zwar auf eigene Gefahr — denn wenn er gesetzmäßige Befehle nicht befolgt, weil er sie für gesetzwidrig hält, so begeht er eine Verletzung der Dienstpflicht. „Darum ist es von Wichtigkeit, festzustellen, worauf sich diese Prüfung zu erstrecken hat. Würde man dieselbe auf die Frage ausdehnen, ob die vorgesetzte Behörde die bestehenden Rechtsvorschriften materiell richtig ausgelegt und angewendet hat, so würde man das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstören, sondern geradezu auf den Kopf stellen. Die untere Behörde und der niedriger gestellte Beamte hätten das Recht und die Pflicht, die Entscheidungen und Verfügungen der oberen Behörde und des vorgesetzten Beamten einer Überprüfung zu unterziehen und es würde demnach nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher .... in Wahrheit die letzte Instanz sein ......

Die Prüfungspflicht des Beamten erstreckt sich vielmehr lediglich auf die formelle Rechtmäßigkeit der ihm erteilten Vorschriften und zerlegt sich in drei Fragen: „Ist die befehlende Behörde kompetent, den Befehl zu erlassen? Ist der beauftragte Beamte kompetent, die ihm aufgetragene Handlung vorzunehmen? Ist der Befehl in der vorschriftsmäßigen Form erteilt worden?"

In Bezug auf den ersten Punkt bemerkt Laband: „Dieser Rechtssatz beruht darauf, daß Behörden und Beamte durch ihre Verfügungen nicht imstande sind, ihre eigene Kompetenz zu

---

[114]) S. Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4. Aufl., I, S. 431 ff. Ihm folgen Seydel, Bayr. Staatsr., 2. Aufl., II, S. 223f; Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten, Arch. f. öffentl. Recht, I, S. 108. ff.; Zorn, Staatsr., 1. Aufl., S. 236 f.; Binding, Handb. d. Strafr., I, S. 805 f.; Perels und Spilling, Das Reichsbeamtenges. (1890), S. 22; van Calker, a. a. O.; in der Hauptsache auch Bauer in Hirths Annalen, 1902, S. 891 f. und für das österr. Staatsrecht Ulbrich, Lehrb. (1883), S. 193 f. und Finger, Strafr., 2. Aufl., I, S. 319. Vgl. die in der folgenden Note Genannten, ferner O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II, S. 235 f., Löning, Lehrb. d. deutsch. Verw.R., S. 122, Anm. 5. Von älteren: v. Mohl, Staatsr. v. Württemberg, 2. Aufl., I, S. 780, Anm. 5; Zachariae, Deutsches Staats- u. Bundesrecht, II, § 137, III; Schulze, Preuß. Staatsr., I, S. 315 f. u. Deutsches Staatsr., I, S. 324 f.

erweitern, und daß deshalb Anordnungen, welche außerhalb dieser Kompetenz liegen, rechtlich nicht als amtliche gelten können.... Soweit aber ein Beamter einem Befehle nachzukommen nicht verpflichtet ist, handelt er auf eigene Gefahr, wenn er ihm dennoch nachkommt.... Der Beamte trägt positiv die Verantwortlichkeit, daß der von ihm zur Ausführung gebrachte Befehl ihm von der zuständigen Behörde erteilt worden ist."

Es ist sicher, daß wir es dem Vollzugsorgan nicht zu schwer machen dürfen, zwischen der Scylla des Vollzuges eines gesetzwidrigen und der Charybdis des Nichtvollzuges eines gesetzmäßigen Auftrages durchzukommen. Wir müssen sein Recht und seine Pflicht, den Gehorsam zu verweigern, auf sonnenklare Fälle einschränken.[115]) Wir können dem Direktor der Strafanstalt weder zumuten, die Begründung eines jeden Urteils seiner Kritik zu unterziehen, noch dürfen wir ihm gestatten, in dieser Richtung seine Meinung über die des Richters zu stellen. Das würde die Rechtssicherheit völlig untergraben. Wenn sich aber aus der Urteilssentenz selbst für jeden, der die Kompetenzvorschriften kennt, zweifellos ergibt, daß das Gericht nicht zuständig war, wenn also der Befehl nur einen groben Verstoß oder ein Verbrechen zur Voraussetzung haben kann, dann soll der Vollzugsbeamte den Gehorsam verweigern. Das kann, solange überhaupt geordnete Verhältnisse im Staate herrschen, weder diesem Beamten noch der allgemeinen Rechtssicherheit gefährlich werden.

Die praktische Bedeutung dieser Lehre ist, daß sie die gröbsten Fälle von Amtsmißbrauch unwirksam macht. Nicht nur, daß ein Erkenntnissenat niemanden wegen Mordes oder Hochverrates zum Tode oder zu Kerkerstrafe verurteilen darf, er kann dies gar nicht, unter gar keinen Umständen. Das Strafvollzugsorgan hat ein solches Urteil einfach zurückzuweisen, wie es auch der Henker in jenem bezirksgerichtlichen Falle getan hat. Mehr läßt sich nicht erreichen.[116])

---

[115]) Vgl. Das Dienstreglement, o. Anm. 113.

[116]) Weiter geht eine Theorie, welche den Beamten des Gehorsams entbindet in Bezug auf „Verfügungen, welche dem klaren Wortlaute eines Gesetzes widersprechen". So unter den neueren G. Meyer, Lehrb. d. deutsch. Staatsr., 5. Aufl., § 146; ihm folgend Ulbrich, Österr. Staatsr., 2. Aufl. (Handb.

C. Die funktionelle Zuständigkeit.[117]) Eine bestimmte Rechtssache stellt mehrfache „gerichtsbarkeitlich zu lösende Aufgaben“, die verschiedenen Gerichten, ja auch verschiedenen Organen desselben Gerichtes zugewiesen sind, alle diese Gerichte oder Organe sind örtlich und sachlich für den konkreten Prozeß zuständig; aber die einzelnen Funktionen sind unter sie verteilt. So z. B. verhängt der Untersuchungsrichter die Haft, die Ratskammer desselben Gerichts ist gegen ihn Beschwerdeinstanz, das Oberlandesgericht ist zweite Beschwerdeinstanz. Die Kaution, gegen welche der Beschuldigte auf freien Fuß gestellt werden kann, bestimmt die Ratskammer, in manchen (schwereren) Fällen aber das Oberlandesgericht.[118]) Sehr exakt ist die funktionelle Zuständigkeit in der Regel abgegrenzt zwischen den Gerichten niederer und höherer Instanz; nur selten konkurrieren sie in gleichartiger Tätigkeit[119]); als Regel gilt, daß jede Instanz ihr spezielles Arbeitsgebiet hat: Der Gerichtshof erster Instanz kann Tatumstände als bewiesen feststellen, der Kassationshof kann das Urteil bestätigen, kassieren oder reformieren, aber sie können ihre Rollen nicht tauschen.

Die Regeln über die funktionelle Zuständigkeit haben eine noch höhere Bedeutung als die Regeln über die sachliche Zuständigkeit; sie wollen durchwegs Grenzen der „Fähigkeit“ ziehen; wenn eine Nichtigkeitsbeschwerde irrig dem Oberlandesgerichte vorgelegt und von diesem verworfen wurde[120]), so hätte ein Gericht gesprochen, welches zur Erledigung dieses Geschäftes nicht die Vollmacht hat. Von einem „Strafverfahren in Gemäßheit der St. P. O.“,

---

d. öffentl. R.), S. 82 (die historischen Vorläufer s. bei Freund, a. a. O. S. 119). Der zugrunde liegende staatsrechtliche Gedanke ist identisch mit dem in der Nullität der sententia contra jus clarum in thesi zutage tretenden. Identisch ist auch die Abwehr, welche Seydel, Bayr. Staatsr., 2. Aufl., II, S. 224, Anm. 14 treffend vorbringt: „Eine gefährliche Hintertür! Wessen Verständnis soll darüber entscheiden, ob ein Wortlaut klar ist?“

[117]) Vgl. Wach, Handb., S. 347, 350, 392; Richard Schmidt, Lehrb., S. 199 f.

[118]) Vgl. §§ 192, 194 St. P. O.

[119]) Vgl. z. B. §§ 476, 288, Z. 3, § 296.

[120]) Wer dies für ausgeschlossen hält, lese den analogen Fall in Bindings Grundriß, § 119, III, 2 nach; eine Nichtigkeitsbeschwerde auf Grund des § 281, Z. 11 kann wohl mit einer Berufung gegen das Strafausmaß verwechselt werden.

von einem „Urteile des zuständigen Richters“ kann da keine Rede sein.

Solche Verletzungen der funktionellen Zuständigkeit sind natürlich äußerst selten; es ist mir aus der österreichischen Praxis nur ein Fall bekannt. Am 26. April 1898 war in Wien eine Schwurgerichtsverhandlung gegen einen gewissen Ludwig Sadler wegen Verbrechens des Betruges; da die Sache vertagt werden mußte, stellte der Verteidiger[121]) den Antrag, seinen Klienten gegen Kaution auf freien Fuß zu stellen; der Gerichtshof ging darauf ein und setzte eine Kaution in der Höhe von 2800 fl. fest. Dabei war übersehen, daß mit Rücksicht auf die Höhe der dem Angeklagten drohenden Strafe (schwerer Kerker von 5—10 Jahren) gemäß § 194 St. P. O. das Oberlandesgericht zu dieser Handlung zuständig war. Der Staatsanwalt meldete die „Aufsichtsbeschwerde“ an und der Gerichtshof, der den begangenen Verstoß sofort bemerkte, verweigerte einfach die Ausführung seines Beschlusses, obwohl er hierfür eine ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes nicht anführen konnte; dies war sehr wohlgetan, denn jener Beschluß war ein wahrhaft „nichtiger“.[122])

Wie ist es, wenn der Gerichtshof erster Instanz die eingebrachte Nichtigkeitsbeschwerde zurückweist? Auf den ersten Blick möchte man annehmen, daß ein solcher Spruch niemals in Rechtskraft erwachsen kann; aber durch die Novelle vom 31. Dezember 1877 (R. G. Bl. Nr. 3 v. J. 1878) ist die Frage sehr kompliziert worden. Nach diesem Gesetze hat der Gerichtshof erster Instanz die Nichtigkeitsbeschwerde zurückzuweisen, 1. „wenn die Anmeldung zu spät erfolgte oder wenn sie von einer Person eingebracht wurde, welcher die Nichtigkeitsbeschwerde nicht zukommt oder welche auf dieselbe verzichtet hat“[123]), 2. wenn in derselben die Nichtigkeitsgründe, auf die sich der Beschwerdeführer beruft, nicht dem Gesetze entsprechend spezialisiert sind und 3. wenn die Beschwerde nicht die vorgeschriebene

[121]) Es war Herr Dr. Ludwig Herzberg-Fränkl; er war so freundlich, mir seine Akten zur Verfügung zu stellen; auch dem Vorsitzenden jener Sitzung — ich will den trefflichen Mann nicht in diesem Zusammenhange nennen — verdanke ich nähere Auskünfte.

[122]) Über die Art der Behebung dieses Beschlusses wird weiter unten berichtet werden (s. S. 63).

[123]) Vgl. § 467, al. 5 St. P. O.

Form (Unterschrift eines Verteidigers etc.) einhält. In keinem Falle aber darf der Gerichtshof erster Instanz eine Nichtigkeitsbeschwerde aus dem Grunde zurückweisen, weil sie nicht begründet ist[124]); er kann doch nicht zum Richter über seine eigene Tätigkeit gemacht werden!

Gegen Zurückweisungen gibt es gemäß § 2 der Novelle eine Beschwerde an den Kassationshof. Welche Bedeutung hat nun die Unterlassung der Beschwerde? Ich möchte unterscheiden: Handelt es sich um einen Irrtum des Gerichtshofes erster Instanz über die Tragweite seiner Befugnis, also um eine irrige Auslegung der Novelle, so ist für diesen Fall eben im § 2 vorgesorgt; der dort vorgezeichnete Beschwerdeweg ist die einzige Möglichkeit der Korrektur dieses Irrtums; läßt sich der Beschwerdeführer die Zurückweisung gefallen, dann bleibt es dabei. Anders, wenn es sich um einen offenbaren Willkürakt, um ein Verbrechen handelt; es ist dem Gesetzgeber nicht zuzumuten, daß er eine willkürliche Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde, gegen welche der eingeschüchterte Angeklagte sich nicht zu beschweren wagte, der Rechtskraft für fähig hielt.

Sollte aber die Beschwerde wegen der Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde wieder zurückgewiesen werden, so wäre dieser Vorgang ganz sicher wegen funktioneller Unzuständigkeit des Gerichtshofes erster Instanz nichtig.

Aus dem bisher Ausgeführten hat sich uns von selbst ergeben, daß das Prinzip des § 1 St. P. O. nicht nur für „Urteile" gilt, sondern auch in ausdehnender Interpretation auch auf „Beschlüsse und Vorgänge" (§ 33) erstreckt werden muß.

VI. Fortsetzung: Die Grenzen der Zuständigkeit der Zivilstrafgerichte.

Bisher haben wir nur von Fällen gesprochen, die vor die österreichischen Zivilstrafgerichte gehören, aber innerhalb des Kreises derselben nicht von der zuständigen Behörde abgeurteilt wurden. Wie ist es nun, wenn eine Sache, die vor ein österreichisches Zivilstrafgericht gehört, von einer anderen Behörde

[124]) Dies wird leider vom Kassationshof öfters verkannt; so in den Fällen Slg. 745, 1663 und 1892; weitere Fälle auszugsweise in der Manzschen Ausgabe zu § 1, Z. 2 der Novelle. Vgl. Mayer, Kommentar zu § 285, Nr. 87.

abgeurteilt wurde, z. B. etwa von einem Militärstrafgericht, vom Obersthofmarschallamt, vom Staatsgerichtshof, von einer politischen Behörde, von der Direktion einer Strafanstalt oder einer sonstigen Disziplinarbehörde. Hier ist die Grenze noch bedeutsamer als in allen früheren Fällen: sie führt teilweise bis zur gemeinsamen Wurzel, aus der die einzelnen Stämme der staatlichen Gewalt sich abteilen. Für diese Fälle gilt der § 1 St. P. O. uneingeschränkt; die bereits einmal zitierte Stelle der Motive, S. 85, betrachtet es als selbstverständlich, daß „eine aus Anlaß eines Deliktes eingetretene Administrativmaßregel" der Einleitung des gesetzmäßigen Verfahrens nicht im Wege stehen könne.[125]) Gleichgültig ist es dabei, wie bereits angeführt wurde, ob die nichtzuständige Behörde verurteilt oder freigesprochen hat.

Wenn also z. B. der politische Beamte, vor dem *A* sich wegen Forstfrevel zu verantworten hat, den *A* gänzlich freispricht, weil er findet, daß der Beschuldigung eine Personenverwechslung zugrunde liege, *A* daher ganz unschuldig sei, so hindert das den zuständigen Strafrichter nicht im geringsten, den *A* wegen ganz derselben Tat des Diebstahles schuldig zu finden.

Eine ähnliche Stellung haben ausländische Strafurteile; sie sind im Inlande nicht vollstreckbar, sie machen nicht res judicata.[126])

Genau dasselbe gilt für den umgekehrten Fall, wenn ein österreichisches Zivilstrafgericht in einer Sache geurteilt hat, welche vor einen anderen Behördenorganismus gehört; es hat nicht als „zuständiger Richter" geurteilt; aus der Praxis des Kassationshofes seien folgende Fälle angeführt:

Slg. 45: Übergriff in die Kompetenz des Militärstrafgerichtes; das Urteil wurde durch Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes umgestoßen. Die Generalprokuratur und der Kassationshof berufen sich sehr richtig auf §§ 1 und 60 St. P. O.

Slg. 1441: Ein österreichisches Bezirksgericht hatte ungarische Staatsbürger wegen Verletzung der §§ 45 und 47

[125]) Übereinstimmend: Glaser, Handb., II, S. 71, lit. *b*.

[126]) Der Satz ist nicht ganz genau, vgl. §§ 36, 235 St. G.; und er gilt seit der Exekutionsordnung (§ 79) nicht mehr für den zivilrechtlichen Teil des Strafurteils.

des österreichischen Wehrgesetzes verurteilt; der Kassationshof führt treffend aus, daß diese Delikte die österreichischen Strafgerichte nicht angehen und behandelt im übrigen den Fall wie den vorigen.

Slg. 2852: Ein Bezirksgericht hatte einen Sträfling der Männerstrafanstalt in Lemberg wegen einer Übertretung verurteilt[127]); das Urteil wurde durch Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes kassiert, der § 1 St.P.O. wurde in diesem Falle nicht angezogen.

Solche Kompetenzübergriffe können auf Rechtsirrtum oder auf Tatirrtum beruhen; ein Beispiel für letzteres: Der Richter weiß nicht, daß der ihm vorgeführte Angeklagte ein Deserteur ist und daher unter Militärgerichtsbarkeit steht. Das ändert nichts an dem Umstande, daß der Zivilrichter „nicht zuständig“ war.

Zufolge eines solchen Tatirrtums könnte es auch geschehen, daß gegen eine exterritoriale Person (§ 61 St.P.O.) ein Urteil gefällt wird; z. B. es ist ein Beamter einer fremden Gesandtschaft irgendwo „schnell und unbehutsam“ geritten, wird von einem Wachmanne angehalten, gibt Namen und Adresse an[128]), nicht aber seine Beschäftigung, erhält ein Strafmandat und erhebt keinen Einspruch. Diese „Strafverfügung“ wird gewiß nicht vollstreckbar sein.

VII. Die Wirkung der unheilbaren Nichtigkeit.

Was die Wirkung der unheilbaren Nichtigkeit betrifft, so haben wir bisher gesehen, daß das nichtige Urteil nicht in materielle Rechtskraft erwächst, es ist nullius momenti. Es erwächst zunächst nicht in Rechtskraft zum Nachteile des Angeklagten: das steht ausdrücklich im § 1 St.P.O. Dies hat die Folge, daß ein solches Urteil nicht vollstreckt werden darf. Der Beamte, der etwa das Strafurteil eines freigewählten Schiedsgerichts vollstrecken würde, beginge das Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt. Wenn die Nichtigkeit nicht

[127]) Nach der Verordnung des Min. d. Inn. v. 4. Juli 1860, R. G. Bl. Nr. 173, erstreckt sich die Disziplinarstrafgewalt über die Häftlinge der selbständigen Straf- und Besserungsanstalten „auf alle strafbaren Handlungen und Unterlassungen, welche in dem St. G. v. 27. Mai 1852 nicht als Verbrechen erklärt sind“.

[128]) Gemäß §§ 427 St. G., 460 St. P. O.

offen zutage liegt, so kann man dem Vollstreckungsorgane zwar aus der Vollstreckung des Urteiles keinen Vorwurf machen, aber nun zeigt sich die zweite Seite der Nichtigkeit: Das nichtige Urteil, der nichtige Akt erwächst auch zum Vorteile des Angeklagten nicht in Rechtskraft; die auf Grund eines nichtigen Urteiles verbüßte Strafe hat nicht die Kraft, das Verbrechen zu „tilgen“ (§§ 225, 528 St. G.).[129]) Allerdings bleibt sie auch nicht ganz ohne Wirkung. Für den Fall, daß der Inländer wegen eines Verbrechens bereits im Auslande gestraft worden ist, schreibt § 36 St. G. vor, daß die erlittene Strafe in die im Inlande zu verhängende Strafe einzurechnen sei. Diese Billigkeitsregel ist auf die ganz analogen Fälle unheilbarer Nichtigkeit auszudehnen, sie gilt also auch, wenn der Verbrecher wegen derselben Tat auf Grund eines Urteiles des sachlich unzuständigen Bezirksgerichts (§ 363, Z. 4) oder des unzuständigen Militärgerichts Strafe verbüßt hat; es ist auch ganz richtig, daß in einem solchen Fall wegen des Verbotes der Verschärfung der Todesstrafe (§ 50 St. G.) nach verbüßter Freiheitsstrafe nicht mehr auf Tod erkannt werden kann. [130])
Doch scheint mir der § 36 St. G. immerhin eine durch gerichtliches Urteil verhängte Strafe vorauszusetzen. Wenn also in einer Strafanstalt ein Mord begangen und der Täter deshalb mit einer Disziplinarstrafe belegt werden würde, so wäre diese Strafe nicht einzurechnen und stünde der Todesstrafe nicht im Wege; ebenso, wenn etwa ein Brudermörder von seinem Vater zu einjährigem Hausarrest mit 20 Stockstreichen täglich verurteilt worden wäre und er schon eine Woche der Strafe überstanden hätte.

Der nichtige Freispruch ist kein Hindernis, die Sache neuerlich zum Urteile zu stellen.

VIII. Das Verfahren zur Feststellung der unheilbaren Nichtigkeit.

Bedarf es eines Verfahrens zur Feststellung der unheilbaren Nichtigkeit?

Gewiß nicht in allen Fällen; hat doch selbst unsere Zivilprozeßordnung darauf verzichtet, ein solches Verfahren für den

[129]) Zutreffend: Lammasch, Grundriß, 2. Aufl., S. 14; vgl. Slg. 443.

[130]) Bisher ganz übereinstimmend mit Lammasch a. a. O.

Fall des Urteils eines Nichtrichters aufzustellen. Im allgemeinen können wir sagen: Wo sich aus der Urteilssentenz selbst die Nichtigkeit des Urteils für jedermann klar ergibt, wo nicht einmal der Schein eines gesetzmäßigen Urteils besteht, bedarf es keines Verfahrens zur Feststellung der Nichtigkeit. So z. B. wenn ein Bezirksgericht eine Todesstrafe ausspricht, wenn das Urteil unverständlich, widerspruchsvoll oder unausführbar ist.

Anders, wenn ein Urteil in äußerlicher Korrektheit vorliegt und nur durch Eingehen auf die Urteilsgründe oder auf die Vorgeschichte des Urteils seine Nichtigkeit aufgedeckt werden kann; eine so weitgehende Kritik können wir dem Strafvollzugsbeamten nicht gestatten. Das äußerlich korrekte Urteil hat zunächst die Vermutung der Gültigkeit für sich — das ist ein Postulat der Rechtssicherheit. [131])

Für diese Fälle bedürfen wir eines Verfahrens, welches den Schein eines gesetzmäßigen Urteils beseitigt, welches einer hierfür zuständigen Behörde die Möglichkeit gibt, die Nichtigkeit des Urteils zu deklarieren — wie auch die Z. P. O. für solche Fälle das Verfahren der Nichtigkeitsklage hat.

Daß diese Unterscheidung keine willkürliche ist, sondern aus der Sachlage sich mit Notwendigkeit ergibt, mag noch an Beispielen aus dem Privatrechte erläutert werden. Im Eherechte werden gewisse formelle und materielle Voraussetzungen der Gültigkeit einer Ehe festgestellt und im § 93 a. b. G. B. wird bestimmt, daß die Ehegatten keineswegs eigenmächtig die Ungültigkeit ihrer Ehe annehmen dürfen; diese muß vielmehr durch gerichtliches Verfahren festgestellt werden; und dennoch ist es noch niemandem eingefallen, die Ungültigkeit einer auf einem sogenannten Bauernballe im Scherze geschlossenen Ehe gerichtlich feststellen lassen zu wollen [132]); es liegt eben „nicht einmal der

---

[131]) Trefflich c. 16 X. de sent. et re jud. (2, 27): „Cum constiterit sententiam a judice suo prolatam, propter auctoritatem judiciariam praesumi debet, omnia legitime processisse.“ Vgl. Wetzell, System des ordentl. Zivilproz., 3. Aufl., S. 783: „Wer sich auf das Urteil einer gerichtlichen Behörde beruft, hat fundatam intentionem für sich.“

[132]) Etwa unter Geltendmachung der Ehehindernisse des mangelnden Aufgebotes (§ 70) und der feierlichen Erklärung der Einwilligung (§ 75 a. b. G. B.).

Schein einer Ehe vor“! [133]) — Die Ungültigkeit eines Testamentes muß in der Regel der Gegner durch Nullitätsquerel beweisen; wenn aber das Testament dem Inhalt und der äußeren Form nach vorschriftsmäßig eingerichtet ist, dann kann es gar nicht als Grundlage einer Erbserklärung dienen. [134]) Die Ungültigkeit des Testaments ergibt sich eben aus der Urkunde selbst, es besteht nicht der Schein eines gültigen Testaments, es bedarf also keines Verfahrens zur Feststellung der Ungültigkeit. Anders, wenn das Testament sich ordnungsgemäß präsentiert, aber z. B. durch Zwang oder Unterschiebung zustande gekommen ist.

Ein Verfahren, welches ausschließlich den Zweck hätte, unheilbare Nichtigkeiten festzustellen, fehlt allerdings in unserer St. P. O. Aber wir können uns sehr gut mit den vorhandenen Mitteln behelfen.

A. Durch ein unheilbar nichtiges Urteil der unzuständigen Behörde wird die Strafklage nicht verbraucht. Der Ankläger kann sie vor der zuständigen Instanz einbringen und diese entscheidet dann im ordnungsmäßigen Instanzenzuge, ob „die Verfolgung wegen der Tat ausgeschlossen ist“ oder nicht. Dies ist der Vorgang, den § 363, Z. 4 vor Augen hat: „Das Strafverfahren kann . . . . nach den allgemeinen Vorschriften, und zwar durch das nach denselben zuständige Gericht eingeleitet oder fortgesetzt werden“; dasselbe trifft natürlich erst recht zu, wenn ein Bezirksgericht jemanden wegen einer im Urteil ausdrücklich als Vergehen oder Verbrechen bezeichneten Tat verurteilt oder freigesprochen hat und in den analogen Fällen. Dasselbe muß auch gelten, wenn eine Verwaltungsbehörde oder das Militärstrafgericht in einer Zivilstrafsache entschieden haben. [135]) Wenn die politische Behörde gelegentlich einer Amtshandlung wegen Forstfrevel aussprechen sollte, daß die Tat des Beschuldigten weder als Forstfrevel noch als Diebstahl strafbar sei, so kann dies selbstverständlich den Strafrichter

---

[133]) So wörtlich: Rittner, Österr. Eherecht, S. 150, in Bezug auf den Fall, „wo die förmliche Erklärung, eine Ehe schließen zu wollen, fehlt“.

[134]) Vgl. Patent v. 9. Aug. 1854, R. G. Bl. Nr. 208 (Verfahren außer Streitsachen), § 123 ff., dazu den Kommentar v. Schusters; Unger, System, II, S. 146 f. u. Erbrecht, 2. Aufl., § 100, Anm. 5, 6.

[135]) Der § 22 der Milit. St. P. O. bezieht sich nur auf den Fall, daß der Kompetenzkonflikt vor der Urteilsfällung erhoben wird.

nicht binden; es ist aber auch ein gerichtliches Verfahren zur Außerkraftsetzung dieses Spruches unmöglich, da die politische Behörde zu den Gerichten in keinem Subjektionsverhältnisse steht. Es bleibt also kein andrer Weg als der angegebene.

Dem ausländischen Strafurteile gegenüber ist der Vorgang der gleiche: es wird vor der zuständigen inländischen Instanz das Verfahren eingeleitet, ohne daß die exceptio rei judicatae dem entgegenstände.

B. Ein vortreffliches Mittel bietet uns die Aufsichtsbeschwerde; nach § 15 St. P. O. haben die Oberlandesgerichte „die Aufsicht über die Wirksamkeit der Strafgerichte ihres Sprengels zu führen und über die Beschwerden gegen dieselben zu entscheiden, soweit nicht der Rechtszug ausdrücklich untersagt oder anders geordnet ist“. Ungemein wichtig für das Verständnis dieser Stelle sind die Spezialmotive zu Entw. VI[136]); sie leiten die Gewalt des Oberlandesgerichtes aus dessen Aufsichtsrecht ab: „Aus diesem Aufsichtsrechte des Oberlandesgerichtes folgt dessen Verpflichtung, ordnungswidrige oder sonst tadelnswerte Vorgänge einzelner Strafgerichte, welche zu seiner Kenntnis gelangen, zu untersuchen und abzustellen. Es kann niemand verwehrt werden, von solchen Vorgängen dem Oberlandesgerichte Anzeige zu machen, welches darauf, nach Lage der Sache, das zur Aufrechterhaltung der Ordnung und des Ansehens der Gerichte Erforderliche von Amts wegen und wesentlich im öffentlichen Interesse verfügt. Eben dadurch unterscheidet sich diese sogenannte Aufsichtsbeschwerde von den eigentlichen Rechtsmitteln, welche im Interesse der durch eine richterliche Verfügung verletzten Partei gegeben sind“ [in der Aufsichtsbeschwerde gelangt also das so arg unterdrückte öffentliche Interesse an der Einhaltung der Form doch zum Durchbruch!]; „es wird daher die Aufsichtsbeschwerde überall da unzulässig sein, wo der Partei gegen die angeblich rechtswidrige Verfügung noch ein Rechtsmittel offen steht [subsidiäre Natur der Aufsichtsbeschwerde!] oder wo die Aufsichtsbeschwerde nur das Mittel bieten würde, eine höhere Behörde mit einer Beschwerde zu befassen, welche das Gesetz ausdrücklich für

---

[136]) Abgedruckt bei Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 369.

unzulässig erklärt. [Also insbesondere nicht gegen sanierte Nichtigkeiten!] Da die Aufsichtsbeschwerde auf den Gang der einzelnen Strafsache ohnehin einen unmittelbaren Einfluß nur ausnahmsweise üben kann, war es nicht nötig, ausdrücklich zu bemerken, daß sie keine aufschiebende Wirkung habe."

Aus diesem glänzenden Kommentar ergibt sich, daß die Aufsichtsbeschwerde ein außerordentliches, an keine Frist gebundenes Rechtsmittel ist, das praktische Abhilfe gewähren soll in Fällen, wo die ordentlichen Rechtsmittel versagen, in Fällen, die überdies dadurch charakterisiert sind, daß es sich um grobe Ordnungswidrigkeiten handelt, welche das öffentliche Interesse an der Wahrung der Form berühren. Mit einem Worte: Dieses Rechtsmittel ist den unheilbaren Nichtigkeiten völlig angepaßt, es entspricht allen Bedürfnissen, die aus diesen außerordentlichen Fällen erwachsen können.

Das Verdienst, diesen Weg gewiesen zu haben, muß dem bereits zitierten Aufsatze v. Wasers zuerkannt werden[137]; bei den „absolut nichtigen" Vorgängen, meint er, handle es sich zunächst darum, den ordnungswidrigen Vorgang des Richters zu tadeln, und nur entfernt das Interesse der Parteien zu schützen. „Diese Amtshandlung fällt offenbar in die Sphäre der Disziplin und kann daher nur dem Gerichtshofe zweiter Instanz als Aufsichtsbehörde (§ 15) zustehen. Das Aufsichtsrecht des Gerichtshofes zweiter Instanz kann sich nicht bloß auf den formellen Geschäftsgang beschränken; es soll auch dem Bedürfnisse entsprechen und Urteile aufheben dürfen, die wegen ordnungswidrigen Vorganges sich als absolut nichtige darstellen."[138]

Es ist interessant zu beobachten, wie der Kassationshof, auch ohne die hier entwickelte theoretische Begründung, unter dem zwingenden Druck der praktischen Bedürfnisse zu dem gleichen Endergebnisse gelangt ist. Die folgenden Plenarentscheidungen stehen in völligem Einklang mit meiner Auffassung:

---

[137]) In der Allg. öst. Gerichtsztg., 1877, Nr. 96.

[138]) Mayer, Kommentar zu § 15 St.P.O., Nr. 11, schreibt diesen Satz, (wie auch andere Ausführungen v. Wasers) wörtlich ab, ohne jedoch dem Leser seine Bedeutung klar zu machen. Mitterbacher (Kommentar, S. 25, Anm. 2) polemisiert sehr lebhaft gegen v. Waser, u. zw. insofern mit Recht, als derselbe die unheilbaren Nichtigkeiten viel zu weit abgegrenzt hat und dadurch tatsächlich mit dem ganzen System der St.P.O. in Kollision geraten ist (s. o. Anm. 32).

Slg. 1743. Das Landesgericht L. als Berufungsgericht hatte infolge eines irrigen Berichtes des Bezirkgerichtes N. eine Beschwerde als verspätet eingebracht zurückgewiesen, während sie tatsächlich rechtzeitig angebracht war. Der Kassationshof entschied infolge einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes, dem Oberlandesgericht L. werde verordnet, die gemäß § 15 St. P. O. vom Oberstaatsanwalte eingebrachte Aufsichtsbeschwerde zu erledigen. Die Gründe führen aus, daß die Zurückweisung der Beschwerde auf einem Versehen des Bezirksgerichtes beruhe: „Gegen die Folgen solcher Versehen die Prozeßparteien zu schützen, Sorge zu tragen, daß ihnen die vom Gesetze gewährten Rechtsmittel nicht verkümmert werden, das ist ein Gebot der Gerechtigkeit und im Bereiche des dem Oberlandesgerichte zustehenden Aufsichtsrechtes (§ 15 St. P. O.) zweifellos gelegen."

In der Verhandlung gedachte der Generalprokurator eines ganz analogen Falles; ein Bezirksgericht hatte übersehen, die rechtzeitig eingelangte Berufungsausführung vorzulegen, und infolgedessen wurde die Berufung als nicht gehörig ausgeführt zurückgewiesen. Das zuständige Oberlandesgericht hatte ohneweiters den Fehler im Wege des § 15 St. P. O. behoben.

Slg. 2728. Wieder ein ähnlicher Fall. Das Landes- als Berufungsgericht in Z. hatte übersehen, daß außer der zu Protokoll angemeldeten Berufung in Bezug auf das Strafausmaß auch noch durch eine besondere Eingabe die Berufung im Punkte der Schuld kunstgerecht eingelegt war und hatte die letztere in seiner Entscheidung nicht erledigt. Der Kassationshof entschied, daß dies vom Oberlandesgerichte gemäß § 15 St. P. O. zu verbessern sei.

In Slg. 1909 und 2390 wird erklärt, daß die Abgrenzung der Zivil- von der Militärgerichtsbarkeit Gegenstand einer Verfügung im Sinne des § 15 St. P. O. bilden könne.

Völlig einverstanden bin ich auch mit dem Ergebnisse von Slg. 1006. Das Landesgericht K. hatte als Berufungsgericht einen Freispruch wegen eingetretener Verjährung gefällt; es stellte sich heraus, daß die Verjährung nur angenommen wurde, weil der Referent das Datum der Tat den Akten irrig entnommen hatte („Juni" statt „Juli"). Dieser Freispruch wurde vom Oberlandesgerichte K. im Wege des § 15 St. P. O. behoben.

Der Kassationshof fand dies unzulässig, und zwar mit vollem Rechte. Denn eine irrige Feststellung jener Tatsachen, die unter das Strafgesetz zu subsumieren sind, kann unter Umständen vielleicht eine Wiederaufnahme begründen, aber ein Verstoß gegen Regeln des Verfahrens, eine Ordnungswidrigkeit lag überhaupt nicht vor und am wenigsten eine unheilbare Nichtigkeit gemäß § 1 St. P. O.[139])

In der Praxis zeigen sich oft Zweifel über den richtigen Weg. In dem oben S. 53 erzählten Falle Sadler hat die Staatsanwaltschaft ihre Beschwerde gemäß § 197 St. P. O., eventuell gemäß § 15 St. P. O. ausgeführt und behielt sich vor, eventuell die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes anzuregen. Das Oberlandesgericht hat den angefochtenen Beschluß behoben, aber jede Äußerung darüber, wie es die „Beschwerde" der Staatsanwaltschaft auffasse, vermieden.[140])

Dem Kassationshof steht das oberste Aufsichtsrecht über alle Strafgerichte zu.[141]) Wie nun die Strafprozeßordnung aus dem Aufsichtsrechte der Oberlandesgerichte die ihnen im § 15

---

[139]) Die Begründung des Kassationshofes schießt allerdings über das Ziel hinaus; aus dieser Begründung wurde der in die Manzsche Gesetzausgabe übergegangene Satz abstrahiert: Das Oberlandesgericht sei nicht befugt, Urteile der Berufungsinstanzen in Übertretungsfällen abzuändern oder aufzuheben. Die Begründung, nicht aber die Entscheidung, steht in klarem Widerspruche zu den früher besprochenen Entscheidungen.

[140]) Der Beschluß des Oberlandesgerichts Wien erging unter der Geschäftszahl D $\frac{95/98}{1}$ und erliegt im Akte des Landesgerichts Wien unter der Geschäftszahl Vr. VIII $\frac{1653/98}{183}$.

[141]) Vgl. § 77 Ger. Org. Ges. und über die Zeit vor demselben den Beschluß des Kassationshofes v. 11. Okt. 1876, Z. 11945, in der Manzschen Ausg. der St. P. O. zu § 16. Dieses Aufsichtsrecht kommt auch sonst zu praktischer Bedeutung, u. zw. in der aus § 217 St. P. O. übernommenen Bestimmung des § 8 der Novelle v. 31. Dez. 1877, R. G. Bl., Nr. 3 ex 1878: Findet der Kassationshof, daß die auf Inkompetenz desjenigen Oberlandesgerichts, welches die Versetzung in den Anklagestand ausgesprochen hat, sich berufende Nichtigkeitsbeschwerde gegründet ist, „so vernichtet er die Hauptverhandlung, verweist die Sache zur nochmaligen Verhandlung vor das zuständige Gericht erster Instanz und verfügt die sonst nötige Verbesserung des Verfahrens". Der Kassationshof kann in der letzteren Richtung über das Petit der Nichtigkeitsbeschwerde hinausgehen; vgl. St. P. O. § 214.

verliehene Gewalt deduziert[142]), so möchte ich auch per analogiam dieselbe Gewalt dem Kassationshofe zuschreiben. Der Kassationshof hat also meines Erachtens die Pflicht, wenn er irgendwie in die amtliche Kenntnis eines unheilbar nichtigen Aktes kommt, diese Nichtigkeit kraft seines obersten Aufsichtsrechtes entweder der entsprechenden Behandlung gemäß § 15 St. P. O. zuzuführen (wie dies in den angeführten Fällen geschehen ist), oder wenn dies untunlich ist, selbst von Amts wegen festzustellen. Zu dieser amtlichen Kenntnis begangener Nichtigkeiten kann der Kassationshof gelangen gelegentlich einer ordentlichen Nichtigkeitsbeschwerde oder auch gelegentlich einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.[143])

IX. Fortsetzung: Insbesondere die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes.

Damit komme ich auf eine Einrichtung, die ich mir als Abschluß meiner Ausführungen vorbehalten habe, um nicht die Dinge unnötig zu verwirren.

Unsere Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist sicher eine sehr wertvolle Ergänzung des Rechtsmittelsystems. Mit ihr kann die Generalprokuratur jeden Verstoß gegen das materielle Recht, aber auch jeden Verstoß gegen irgend eine Vorschrift des Prozeßrechtes vor den Kassationshof bringen, gleichgültig, ob dieser Verstoß einen gesetzlichen Nichtigkeitsgrund bildet oder nicht.[144]) Und abweichend von dem französischen Vorbilde ermächtigt das österreichische Recht den Kassationshof, zugunsten des Angeklagten das formell rechtskräftige Urteil als ein nichtiges außer Kraft zu setzen.[145]) Das beruht sicherlich auf dem Ge-

[142]) Vgl. o. S. 60.

[143]) Eine Aufsichtsbeschwerde an den Kassationshof ist ausgeschlossen: Slg. 2098. Sie hätte wahrscheinlich ein ähnliches Resultat, wie die außerordentliche Revision nach der a. h. Entschl. v. 1860, oben Anm. 39.

[144]) Vgl. §§ 33, 292 St. P. O.; Eisler, Die Form im St. P., S. 15. Die Generalprokurator könnte wohl auch gegen ein rechtswidriges Resümee Abhilfe schaffen; sie hätte auch im Falle Bartmann den Verstoß der ersten Instanz verbessern können.

[145]) Nach der St. P. O. v. 1850, § 373, al. 2 konnte der Kassationshof in diesem Falle lediglich einen Begnadigungsantrag stellen. Der gegenwärtige Rechts-

danken der unheilbaren Nichtigkeit, auf dem Glauben an ein gutes Recht, das durch die Autorität der chose jugée nicht erstickt werden kann. Trotzdem wäre es verfehlt, die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes als den ausschließlich befugten Träger dieses Gedankens zu erklären, und zwar aus folgenden Gründen.

Der § 292 bestimmt in seltsamem Widerspruch: „Ist jedoch der Angeklagte durch ein solches nichtiges Urteil zu einer Strafe verurteilt worden, so steht es dem Kassationshofe frei, nach seinem Ermessen entweder den Angeklagkten freizusprechen oder einen milderen Strafsatz anzuwenden oder nach Umständen eine Erneuerung des gegen denselben gepflogenen Verfahrens anzuordnen.“ Das „nichtige“ Urteil, von dem hier die Rede ist, ist wohl alles, nur keine sententia nulla.[146]) Sonst könnte es wohl dem Gesetzgeber nicht im Traume einfallen, es dem Kassationshofe freizustellen, ob er jenes Urteil, das er als „nichtig“ deklariert — in Kraft belassen will oder nicht! Das „nichtig“ dieser Gesetzesstelle sammelt die „Nichtigkeiten“ der §§ 281 und 344, ferner Formverstöße geringerer Art, aber auch echte Nichtigkeiten unter einen höchst verschwommenen Begriff. Wenn eine echte Nichtigkeit festgestellt wird, dann kann es dem Kassationshof nicht freistehen, das in Wahrheit nicht bestehende Urteil in Kraft zu belassen.[147])

Sehr charakteristisch für den Umstand, daß die §§ 33 und 292 St.P.O. keineswegs auf die echten Nichtigkeiten ge-

---

zustand war schon im Entw. I, § 307+28 angebahnt (vgl. Entw. II—IV, § 338). Aus den Motiven zu Entw. IV sei mit Rücksicht auf das Folgende der Satz hervorgehoben: „Er (der Kassationshof) hat vielmehr, sobald sich zeigt, daß dem Angeklagten Unrecht geschehen ist, dem Unrechte sofort abzuhelfen oder die Wiederaufnahme des Verfahrens von Amts wegen anzuordnen.“ (Mayer, Entstehungsgeschichte, S. 792, 797, 803.)

[146]) Vgl. o. S. 6. Noch sonderbarer ist die Sprache der St.P.O. von 1850, § 373: „Doch steht es dem Kassationshof frei, wenn der Angeklagte durch ein solches nichtiges Urteil zu einer Strafe verurteilt worden, einen — Begnadigungsantrag an den Landesfürsten zu stellen.“

[147]) Das freie Ermessen des Kassationshofes hat einen verständigen Sinn, wenn es sich um Konstatierung von geringeren Mängeln handelt, die in concreto dem Angeklagten nicht geschadet haben (z. B. sog. relative Nichtigkeitsgründe, §§ 281, 344 a. E.), die aber im Interesse der Rechtseinheit nicht unbeachtet bleiben sollen; es hat keinen Sinn, wenn in dem Erkenntnisse des Kassationshofes gesagt sein soll: „Ein Urteil liegt überhaupt nicht vor.“

münzt sind, ist das Schwanken der Generalprokuratur in Slg. 45; anläßlich eines Übergriffes in die Militärgerichtsbarkeit brachte sie ein: „In erster Linie ein Gesuch um Wiederaufnahme des Strafverfahrens zugunsten des Verurteilten — rücksichtlich um Kassierung jenes Erkenntnisses und Anordnung des Verfahrens nach § 60 St. P. O., eventuell aber die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes."

Ein Hauptbedenken ist, daß die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nur zugunsten des Angeklagten wirksam werden kann; zum Nachteile des Angeklagten (z. B. bei einem Freispruch durch die unzuständige Behörde, durch den Nichtrichter) bliebe sie als solche unwirksam und könnte nur die Gelegenheit zur Ausübung des Aufsichtsrechtes geben.

Allerdings ist dabei zu bemerken, daß der Kassationshof in den letzten Jahren der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes eine mehr als bedenkliche Ausdehnung gegeben hat; er hat den Satz, daß sie nur zugunsten des Angeklagten wirken könne, einfach in die Luft gesprengt; wohl nur in wenigen Fällen von geringer Bedeutung[148]); aber hier heißt es: principiis obsta! In allen Fällen hatte das Untergericht rechtskräftig ausgesprochen, daß die zur Anklage gebrachte Tat kein zur Zuständigkeit der Gerichte gehöriges Delikt begründe, sondern lediglich von der politischen Behörde zu strafen sei. In dem Falle Slg. 2530 geschah dies durch rechtskräftigen Abtretungsbeschluß; an diesem Verfahren fand der Kassationshof nichts auszusetzen, nur die materiellrechtliche Beurteilung fand er verfehlt; das begründet selbstverständlich keine unheil-

---

[148]) Vgl. Slg. 2530, 2727, 2837, 2876. Sehr zutreffend die Kritik dieser Entscheidungen in dem Aufsatze von L. S.: „Kann die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes auch eine dem Angeklagten nachteilige Folge haben?" Gerichtshalle v. 13. März 1904.

Nachtrag. In der während des Druckes erschienenen Plenarentscheidung vom 1. März 1904, Z. 3127, Slg. 2916, wird der Vorgang bereits ohne jede Begründung eingehalten. Der Fehler ist im Begriffe, Gerichtsgebrauch zu werden. Die Angeklagten können sich gegen solche Benachteiligungen nicht wehren; sind sie doch von der Beteiligung an dem Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ausgeschlossen! (Sie sollten ja im Sinne der St. P. O. keinen Nachteil zu fürchten haben!) Um so mehr ist es Pflicht der Literatur, energisch Protest zu erheben.

bare Nichtigkeit. In den übrigen Fällen hatte das Gericht seine Meinung in der Form eines freisprechenden Urteiles gemäß § 259, Z. 3 St. P. O. zum Ausdruck gebracht; dies tadelt der Kassationshof und meint, das Gericht hätte die Verhandlung lediglich durch Beschluß abbrechen sollen.

Vor allem ist zu konstatieren, daß der Kassationshof mit diesem Tadel sich selbst trifft; denn er war es, der in verschiedensten Zusammenhängen den Satz aufstellte, die einmal eröffnete Verhandlung müsse durch ein Urteil beendet werden[149]; und er selbst hat in ganz identischen Fällen die jetzt gerügte Praxis befolgt; so lautet z. B. die Sentenz der Plenarentscheidung vom 22. November 1898, Z. 15.811 (Slg. 2288): „Marie K. wird von der wegen Diebstahls erhobenen Anklage nach § 259, Z. 3 St. P. O. freigesprochen. Dem Bezirksgericht in U. W. wird verordnet, die Amtshandlung wegen Feldfrevels dem zuständigen Gemeindeamte zu überlassen.“ [150])

Und diese zuletzt genannte Entscheidung trifft das allein Richtige; um sofort das kräftigste Argument anzuführen: Der Nichtigkeitsgrund des § 344, Z. 10 lit. *a*, der nur „gegen die Urteile der Geschwornengerichte“ (§ 343) geltend gemacht werden kann, setzt voraus, daß „durch die Entscheidung des Gerichtshofes über die Frage, ob die dem Angeklagten zur Last fallende Tat eine zur Zuständigkeit der Gerichte gehörige strafbare Handlung begründe, ein Gesetz verletzt oder unrichtig angewendet wurde“; diese Frage wird also durch Urteil entschieden und das hat einen tieferen Grund. Denn im Wesen fällt hier der Richter ein Urteil, welches von der Anklage wegen Diebstahls, wegen § 45 Tiers.-Ges. etc. freispricht und nur mit Rücksicht auf die dem Gerichte vorbehaltene Möglichkeit, in der Tat des Angeklagten ein anderes als das zur Anklage verstellte

---

[149]) Vgl. Slg. 464 a. E.; ferner die Manzsche Ausgabe zu § 261 St. P. O., Note 1.

[150]) Vgl. Slg. 1851, wo die Gründe ebenfalls einen Forst- oder Feldfrevel als möglich annehmen, die Sentenz aber gleichwohl auf Freispruch gemäß § 259, Z. 3 lautet; Slg. 2152, wo ebenfalls Freispruch nach § 259, Z. 3 erfolgt, obwohl die Gründe ausdrücklich feststellen, daß die Tat des Angeklagten gemäß der Vdg. v. 3. März 1854, R. G. Bl., Nr. 57 von der politischen Behörde zu bestrafen war. — Der neuen Ansicht des Kassationshofes entspricht Slg. 2914.

Delikt verkörpert zu finden (§§ 262, 267 St. P. O.), die weitere Fassung erhält: „Es liegt kein gerichtlich zu ahndendes Delikt vor.“ [151]) Die den Untergerichten in Slg. 2727 und 2837 gemachte „Ausstellung“ ist daher nicht gerechtfertigt; aber wenn sie selbst gerechtfertigt wäre, würde sie das weitere Vorgehen des Kassationshofes nicht begründen.

Vor allem wird es — posito, non concesso, es wären die letzten Entscheidungen in Bezug auf die einzuhaltende Form richtig — wohl keinen so ungeheuerlichen Fehler bilden, wenn ein Bezirksgericht (gemäß dem Vorgange des Kassationshofes im Falle Slg. 2288) freispricht und die Sache an die politische Behörde verweist, statt durch Beschluß einzustellen und die Sache abzutreten. Solche Subtilitäten können doch nicht den Ausspruch begründen, daß ein „Strafverfahren in Gemäßheit der Strafprozeßordnung“ überhaupt nicht vorliege. In dem Falle Slg. 2530 war aber noch dazu wirklich ein solcher „Beschluß“ gefaßt worden; trotzdem lautete die Sentenz der Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes: „Dieser Beschluß wird aufgehoben und dem genannten Bezirksgerichte die Amtshandlung gegen Konrad D. wegen der Übertretung des bezeichneten Gesetzes aufgetragen.“ Begründet wird dies mit der Erwägung, „daß der

---

[151]) Wenn man die § 213, Z. 1; § 259, Z. 3; § 281, Z. 9, lit. *a* und § 344, Z. 10, lit. *a* der St. P. O. untereinander vergleicht, so wird man finden, daß sie den gleichen Tatbestand ausdrücken wollen. Der Freisprechungsgrund des § 259, Z. 3: „Wenn der Gerichtshof erkennt, daß die der Anklage zugrunde liegende Tat vom Gesetze nicht mit Strafe bedroht sei“ ist identisch mit dem Einstellungsgrunde: Wenn „die dem Beschuldigten zur Last gelegte Tat keine zur Zuständigkeit der Gerichte gehörige strafbare Handlung begründet“; wenn das Urteil in dieser Richtung irrt, so begründet das die Nichtigkeiten der § 281, Z. 9, lit. *a* und § 344, Z. 10, lit. *a*. Richtig: Mayer, Kommentar, zu § 259, Nr. 55. — Anders steht die Frage, in welcher Form eine Abtretung der Sache an das Militärgericht zu erfolgen hat. In diesem Falle sagt der Zivilrichter lediglich: „Es mag wohl Diebstahl vorliegen — aber ich bin nicht zuständig“, er erkennt also nicht in der Sache selbst. (Daß § 261 in einem ähnlichen Falle Urteilsform erfordert, ist wohl eine Singularität, die nicht analog auszudehnen ist.) Demnach wäre die Ansicht, welche der Kassationshof in Slg. 1909 ausgesprochen hat, ganz annehmbar: Es ist ohne Rücksicht auf das Prozeßstadium die Verhandlung einfach durch Beschluß abzubrechen; vgl. Slg. 2390 und Eisler, Die Prozeßvoraussetzungen im österr. Strafproz., in dieser Zeitschrift, Bd. XVII, S. 631 ff.

Beschuldigte aus der rechtsirrtümlichen Ablehnung der gerichtlichen Zuständigkeit keinen Strafaufhebungsgrund ableiten, sondern nach § 1 der St. P. O. nur verlangen kann, daß der zuständige Richter einschreite".

Daß dem Angeklagten kein „Strafaufhebungsgrund" erwachsen war, ist ebenso sicher, als daß die res judicata keinen Schuldausschließungsgrund begründet; aber die Frage ist, ob nicht „die Verfolgung wegen der Tat ausgeschlossen" war (§§ 213, Z. 3; 259, Z. 3; 281, Z. 9, lit. *b*; 344, Z. 10, lit. *b* St. P. O.[152]), d. h. ob nicht der Mangel einer Prozeßvoraussetzung, oder in der Terminologie der guten alten Zeit die Prozeßeinrede der res judicata vorlag. Das Vorhandensein der res judicata kann aber, wie wir gesehen haben, niemals durch Berufung auf einen materiellrechtlichen Irrtum bestritten werden, wie es hier der Kassationshof bei Abgang jedes formalen Verstoßes getan hat. Und daß ein Einstellungsbeschluß der Rechtskraft fähig ist, wird man schon mit Rücksicht auf § 352 St. P. O. nicht bestreiten können.[153])

In den Fällen Slg. 2727 und 2876 wird die eben bekämpfte Begründung fast wörtlich wiederholt; in beiden Fällen wird ein formeller Freispruch aufgehoben. Das gleiche ist der Fall in Slg. 2837, wo die Gründe besagen: „Da in der Frage der Nichtbefolgung der Vorschrift des § 19 der niederösterreichischen Vieh- und Fleischbeschauordnung im Hinblick auf die Begründung des diesbezüglichen Freispruches mit der Inkompetenz der Gerichte ein meritaler Ausspruch der Berufungsinstanz dermalen nicht vorliegt, vom Standpunkte des § 292 St. P. O. sohin kein Bedenken besteht, die Sache der Judikatur der Berufungsinstanz neuerlich zuzuführen ...." Also ein Freispruch mit der Begründung, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat „eine zur Zuständigkeit der Gerichte gehörige strafbare Handlung nicht begründe" — ist kein meritaler Ausspruch! Non est judicatum! Wohin kommt bei solcher Anwen-

[152]) Die oben angeführten Stellen unterscheiden genau zwischen „Umständen, vermöge welcher die Strafbarkeit der Tat aufgehoben" und Umständen, vermöge welcher „die Verfolgung wegen derselben ausgeschlossen ist".

[153]) Wenn das Strafverfahren gegen eine bestimmte Person durch Einstellung beendet worden ist, so bedarf es der Wiederaufnahme gemäß § 352 St. P. O., um das Prozeßhindernis der res judicata aus dem Wege zu räumen.

dung des Gesetzes die Rechtssicherheit? Der Angeklagte, der in zwei Instanzen den Kampf mit der Staatanwaltschaft ehrlich und in aller Form Rechtens durchgekämpft hat und schließlich rechtskräftig freigesprochen worden ist, erfährt plötzlich, daß ein Urteil gar nicht vorliege, weil das Gericht sich über die Tragweite des Tierseuchengesetzes im Irrtum befunden habe! Flüchten wir aus diesem juristischen Irrgarten zu dem Wortlaute des vom Kassationshofe angerufenen § 292 St. P. O.: „Dieser Ausspruch [daß nämlich das Gesetz verletzt worden sei] ist in der Regel ohne Wirkung auf den Angeklagten. Ist jedoch der Angeklagte durch ein solches nichtiges Urteil zu einer Strafe verurteilt worden[154]), so steht es dem Kassationshofe frei usw."

Wenn eine Unterinstanz eine derartige Anordnung träfe, zu der sie funktionell nicht zuständig, also nicht befähigt ist, so würde ich nicht zögern, das als unheilbar nichtig zu bezeichnen. Vor der Autorität des Kassationshofes aber heißt es für den Praktiker Halt machen! Es geht nicht an, etwa dem Bezirksrichter zuzumuten, sich auf eine solche Kritik der oberstgerichtlichen Entscheidung, wie ich sie mir pro futuro gestattet habe, einzulassen. Für die Praxis ist der Kassationshof die höchste Instanz, die Untergerichte müssen im konkreten Falle seine Rechtsanschauung akzeptieren[155]), weil sonst jede Rechtssicherheit aufhören würde. Vor den Irrtümern des Kassationshofes müssen sich die ihm untergeordneten Behörden beugen.[156])

Trotzdem können solche Urteilskassationen durch Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes kein praktisches Resultat haben. Das Gericht, an welches die Sache zu neuerlicher Verhandlung verwiesen wird, ist zwar an die Rechtsansicht des Kassationshofes gebunden (§ 293 St. P. O.), aber „die Bestimmung des § 290, Absatz 2 ist auch für das auf Grund

---

[154]) Also nicht, wenn der Angeklagte durch ein solches nichtiges Urteil freigesprochen worden ist; das ist doch sonnenklar. Vgl. o. Anm. 145. Aus der Judikatur des Kassationshofes sei die vortreffliche Stelle in Slg. 1006, S. 222 u. angeführt, die freilich, soweit sie eine Übertragung auf § 15 St. P. O. anstrebt, zu weit geht und in dieser Richtung in Slg. 2390, S. 361 o. mit Recht verleugnet wird.

[155]) Vgl. § 293, al. 2 St. P. O.

[156]) Nicht so die gleichgeordneten Behörden!

der neuerlichen Hauptverhandlung ergehende Urteil maßgebend", d. h. es darf „gegen den Angeklagten keine strengere Strafe verhängt werden, als welche das angefochtene Urteil ausgesprochen hatte". Eine reformatio in peius für den Angeklagten lag ja nicht in der Absicht des Gesetzgebers. So wird denn der Unterrichter, dessen Freispruch kassiert worden ist, sich lediglich darauf beschränken müssen, die Schuld des Angeklagten festzustellen, ohne jedoch eine Strafe auszusprechen. Das entspricht aber nicht dem Bedürfnisse, welches bei der unheilbaren Nichtigkeit vorhanden ist.

Eine weitere Schwierigkeit bietet die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes in jenen Fällen, wo die unheilbare Nichtigkeit nicht auf einem Rechtsirrtum beruht, sondern durch einen Tatirrtum die Fehlerhaftigkeit des Prozesses bedingt wurde. Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes verfolgt auch bei uns in erster Reihe das Interesse der Wahrung der Rechtseinheit; sie setzt daher eine „Verletzung oder unrichtige Anwendung des Gesetzes" voraus.[157]) Wie nun, wenn der Zivilstrafrichter einen ihm vorgeführten Mann wegen Vagabondage verurteilt, ohne zu ahnen, daß dieser Mann ein Deserteur ist und daher unter Militärstrafgerichtsbarkeit steht?[158]) Ich habe einmal als Richter so judiziert, nachträglich durch eine Zuschrift der Polizei erfahren, daß der Mann ein Deserteur sei, und die Sache sofort der vorgesetzten Behörde angezeigt. Mein Urteil wurde im Wege einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes behoben, obwohl es doch auf der Hand liegt, daß ich keinerlei Gesetz „verletzt oder unrichtig angewendet" hatte. Der einzig richtige Weg wäre der in den oben zitierten Fällen Slg. 1909 und 2390 eingeschlagene gewesen.[159])

Wir gewinnen somit das Resultat: Eine unheilbare Nichtigkeit kann durch die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes geltend gemacht werden: *a)* nur zum Vorteile des Beschuldigten und *b)* nur wenn sie auf einem juristischen Kunstfehler beruht. Für alle übrigen Fälle kann nur im Wege des Aufsichtsrechtes Abhilfe geschaffen werden.

---

[157]) Also einen juristischen error in procedendo oder in judicando; vgl. die Terminologie in § 281, Z. 9 St.P.O.

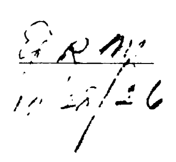
[158]) Weitere Fälle s. o. S. 62 f.

[159]) Sehr zutreffend v. Waser, a. a. O. S. 382.

Ein großer Mangel der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist es schließlich, daß die Generalprokuratur, die allein diesen Mechanismus auslösen kann, nicht als Behörde mit richterlicher Unabhängigkeit organisiert ist, sondern in dienstlicher Unterordnung den Aufträgen des Justizministers gehorchen muß.[160]) Ich möchte nicht mißverstanden werden: ich spreche hier von Einrichtungen, nicht von Personen; die Einrichtung der Abhängigkeit des Generalprokurators von der Regierung ist verfehlt, weil Regierungen nur zu oft von der Hand in den Mund leben, weil auch der bravste Minister den so dringlich auftretenden Bedürfnissen des Alltags nur zu leicht ein übermäßiges Gewicht beilegt. Die Gerechtigkeit aber sollte mit ihrem ganzen Stabe hoch über dem Getriebe des Alltags thronen.

[160]) Vgl. §§ 30, 33 St. P. O. Dies übersieht der Kommissionsbericht des Herrenhauses, zu § 362 St. P. O. (Kaserer, Materialien, II, S. 330), der im übrigen die hohe Stellung des Generalprokurators treffend hervorhebt: „Es kann hierbei nicht unerwähnt bleiben, daß der Generalprokurator keineswegs die oberste Spitze der mit der Funktion der Anklage betrauten Behörde bildet (§ 30), sondern daß der Weg vom Oberstaatsanwalte unmittelbar an den Justizminister führt; der Generalprokurator hat keine wie immer geartete Ingerenz auf die Führung oder Unterlassung von Anklagen zu nehmen und steht außerhalb jeder Verantwortlichkeit für diese Art der Tätigkeit der Staatsanwaltschaft; nur mit der Wahrung des Gesetzes betraut, ist er vorzugsweise berufen und mit dem erforderlichen Vertrauen ausgestattet, die Antragstellung für die außerordentlichen Revisionsfälle übernehmen zu können."

Nachtrag zu Anm. 77. Wenn die falsche Abstimmung auf ein Verbrechen zurückführbar ist, kann auch durch Wiederaufnahme gemäß §§ 353, Z. 1 und 355, Z. 1 geholfen werden; vgl. Rosenblatt in Allg. österr. Gerichtszeitung, 1903, Nr. 50. Bei Irrtümern versagt diese Hilfe.



Druck von Gottlieb Gistel & Cie., Wien, III., Münzgasse 6.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie. in Wien.

